

**RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS EN MATERIA DE
CONTRATACION ESTATAL CON RESPECTO AL REGIMEN
DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

ISMAEL BARRIOS MARIN

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA “CUC”

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2009

**RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS EN MATERIA DE
CONTRATACION ESTATAL CON RESPECTO AL REGIMEN
DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES**

ISMAEL BARRIOS MARIN

**Trabajo de investigación presentado como requisito
parcial para optar al título de abogado**

Asesor: Doctor ALFREDO PEÑA SALOM

CORPORACIÓN UNIVERSITARIA DE LA COSTA “CUC”

FACULTAD DE DERECHO

BARRANQUILLA

2009

NOTA DE ACEPTACIÓN

ASESOR

JURADO

JURADO

DEDICATORIA

A Dios, Todopoderoso, por la fortaleza y sabiduría con que me ha distinguido.

A mi padre Virgilio, In Memoriam

A mi madre Nuris, pilar de apoyo en los momentos de flaqueza.

A mis hijos Ismael, kimberly, Ismael Junior y Sara, cuatro razones más para mi esfuerzo de superación.

A mi compañera Sara, a quien debo la reintegración académica y el logro de este final feliz.

A mis hermanos Elizabeth, Aracellis, Virgilio y Victorina, cuyas palabras de estímulo fueron un impulso psicológico de gran valía.

Ismael.

AGRADECIMIENTOS

El autor expresa sus agradecimientos.

A la doctora RAQUELINA VILLA, Vicerrectora de la Corporación Universitaria de la Costa.

Al doctor ALFREDO PEÑA SALOM, sin cuyas directrices, objeciones y sugerencias, no habría sido posible la realización de este trabajo.

A todos los docentes de la Facultad de Derecho de la CUC, especialmente a los doctores: OSCAR PEÑA COSSIO, ORLANDO VITOLA y OMAR SANDOVAL.

A todas aquellas personas que, de una u otra forma, contribuyeron en la realización de este trabajo.

RESUMEN

Empecemos por afirmar que la corrupción en la Contratación Estatal, es un fenómeno mundial que pulula y tiene presencia en casi todas las esferas administrativas de los países del mundo. Este fenómeno necesariamente ha conllevado a que el legislador colombiano, busque el mecanismo necesario para combatir este flagelo. Es así como encontró en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, que no es sólo lo previsto en el artículo 8º de la ley 80 de 1993, sino que también se complementa a lo largo del articulado del estatuto, y en otras leyes como en la ley 136 de 1994, ley 190 de 1995, ley 200 de 1995, ley 610 del 2000, 617 del 2000, 734 del 2002, ley 821 del 2003, e igualmente se puede complementar con el artículo 122, modificado por el acto legislativo 1 del 2004 y Artículo 180 numerales 2 y 4., de la Constitución Política de Colombia, el paliativo para exterminar este fenómeno contractual.

La existencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica debido a muchas razones, tales como la de alejar del proceso de la contratación la influencia familiar o evitar que los funcionarios públicos contraten con entidades del estado, porque esto rompería el esquema de la igualdad y la imparcialidad en materia de contratos, producto del principio de transparencia y pretende constituirse en un filtro contra los efectos nocivos que por acción u omisión, pueden derivarse de la indebida contratación con fondos del Estado.

Por otro lado, debo asegurar, que la naturaleza jurídica de este régimen prohibitivo, es de orden público porque solamente pueden establecerse por mandamiento legal y están reservadas siempre al legislador, de hecho, son instituciones de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación analógica por parte del juzgador. Los efectos jurídicos derivados del mismo son: 1. De orden Público, 2. De Aplicación Inmediata, 3. Genera Nulidad Absoluta del Contrato, 4. No pueden ser motivo de interpretación analógica, ni extensiva 5. Puede generar delitos y responsabilidades de orden económico. La violación del régimen por parte de los Servidores Públicos, genera la responsabilidad de estos funcionarios, la cual puede ser: Disciplinaria, Penal, Civil y Fiscal. Al respecto la Corte Constitucional dispuso que los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos, se encuentra en el artículo 90 de la Constitución Política, que contiene la cláusula general de responsabilidad, en concordancia con el artículo 6º y 124 también constitucionales y de los artículos 4º y 5º de la Ley 80 de 1993, que trata sobre los derechos y deberes de las entidades estatales y los contratistas, lo cual se consagró expresamente en el capítulo 5º de dicha ley.

Ahora bien, el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades, como toda expresión del Derecho, es susceptible de discusión en el campo del sano debate. No obstante, lo anterior, la responsabilidad del funcionario en relación con la contratación estatal es claro y taxativo, razón por la que su contenido no es discutible, aunque sí su aplicación.

Palabras clave: Contratos administrativos, Contratos públicos, Contrato y responsabilidad, Adjudicación de contratos

ABSTRACT

Let's begin for affirming that the corruption in the State Hiring, is a world phenomenon that infests and has presence in almost all the administrative spheres of the countries of the world. This phenomenon necessary has born to that the Colombian legislator, looks for the necessary mechanism to fight this scourge. It is as well as it thought in the regime of inabilities and incompatibilities, that 80 of 1993 is not only the foreseen in the 8th article about the law, but also it complements itself along articulated of the statute, and in other laws as in the law 136 of 1994, law 190 of 1995, law 200 of 1995, law 610 of 2000, 617 of 2000, 734 of 2002, law 821 of 2003, and the same way it is possible to complement with the article 122 modified by the legislative act 1 of 2004 and I articulate 180 numerals 2 and 4., of the Political Constitution of Colombia, the palliative one to exterminate this contractual phenomenon. The existence of the regime of inabilities and incompatibilities justifies itself due to many reasons such like that of removing from the process of the hiring the familiar influence or of preventing the civil servants from hiring with entities of the state, because this would break the scheme of the equality and the impartiality on the subject of contracts, product of the beginning of transparenence and tries to be constituted in a filter against the harmful effects that for action or omission, can stem from the undue hiring with funds of the State.

On the other hand, I must make sure, that the juridical nature of this prohibitive regime, performs public order because they can only be established by legal order and are always reserved to the legislator, in fact, there are institutions of strict right,

of restrictive interpretation, of limited and express regime, of impossible analogical interpretation on the part of the juzgador. The juridical effects derived from the same sound: 1. Of Public order, 2. Of Immediate Application, 3. It generates Absolute Nullity of the Contract, 4. There can no be motive of analogical interpretation, not extensive 5. It can generate crimes and responsibilities of economic order. The violation of the regime on the part of the Public Servants, generates the responsibility of these officials, which can be: Disciplinary, Penal, Civil and Fiscal. On this matter the Constitutional Court arranged that the constitutional essentials for the adoption of the regime of responsibility of the public servants, it is in the article 90 of the Political Constitution, which contains the responsibility general clause, in congruity with the article 6th and 124 also constitutional and of the articles 4th and 5th of the Law 80 of 1993, which treats on the rights and duties of the state entities and the contractors, which devoted itself definitely in the 5th chapter of the above mentioned law.

Key words: Administrative contracts, Public contracts, contract and responsibility, Contracts awarding

TABLA DE CONTENIDO

	Página
INTRODUCCIÓN	1
0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
0.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA	5
0.3 OBJETIVOS	5
0.3.1 Objetivo general	5
0.3.2. Objetivos específicos	5
0.4. JUSTIFICACIÓN	6
0.5. DELIMITACIÓN	8
0.5.1. Delimitación geográfica	8
0.5.2. Delimitación temática	8
0.5.3. Delimitación temporal	9
0.6. HIPÓTESIS	9
0.6.1. Variable independiente	9
0.6.2 Variables dependientes	10
0.7. DISEÑO METODOLÓGICO	10
1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL	12
1.1. RAZONES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	12
1.2. BASES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL	18
2. EL CONTRATO CON EL ESTADO	22

2.1. NOCIÓN	24
3. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL, EN RELACION CON LAS INHABILIDA DES E INCOMPATIBILIDADES	26
3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL	26
3.2. RESPONSABILIDAD FISCAL	26
3.3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA	27
4. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	35
4.1. JUSTIFICACIÓN DE LAS INHABILIDADES Y DE LAS INCOMPATIBILIDADES	35
4.2. NATURALEZA JURÍDICA EL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	37
4.3. CONCEPTOS Y CARACTERÍSTICAS	38
4.4. MARCO JURÍDICO DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	42
4.4.1. Ley 136 de 1994	42
4.4.2. Artículo 5 de la Ley 190 de 1995	49
4.4.3 Artículos 42,43 y 44 de la Ley 200 de 1995	49
4.4.4. Ley 610 de 2000	49
4.4.5. Ley 617 de 2000	53
4.4.6Ley 734 de 2002	56
4.4.7. Ley 821 de 2003	58
4.4.8. Ley 1148 de 2007	62

4.4.9. Artículo 122 Modificado (Acto Legislativo 1 de 2004)	66
5. DIVISION DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	69
5.1. POR EL HECHO DE SER SERVIDOR PÚBLICO	69
5.2. LAS QUE SE DERIVAN DE LA CADUCIDAD	70
6.3. LAS QUE SE EXTIENDEN A LOS FUNCIONARIOS QUE CONTRIBUYEN EN LA ORGANIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL	70
5.4. COMO SANCIÓN POR EL INCUMPLIMIENTO	71
5.5. A LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS	71
6. REGIMEN LEGAL DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	72
7. DE LAS INABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES	77
8. EFECTOS JURÍDICOS DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	80
9. CONDUCTAS ILÍCITAS MÁS FRECUENTES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS QUE VULNERAN EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES	82
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES	91
RECOMENDACIONES	93
BIBLIOGRAFÍA	95

0. INTRODUCCIÓN

La corrupción en la Contratación Estatal, es un fenómeno mundial, presente en casi la totalidad de los países del mundo, sin que en ello incida la forma de gobierno o el paradigma político que lo rige. Simplemente, los funcionarios corruptos, como también los funcionarios incompetentes, se hallan siempre como protagonistas de noticias de todos los puntos del orbe, incidiendo negativamente en los programas de gobierno de sus gobernantes.

Las legislaciones han tratado de blindarse contra la acción de los incompetentes y de los corruptos. Colombia no ha sido la excepción ya que, como se denuncia diariamente por los medios masivos de comunicación, las acciones contra los intereses del Estado están siempre en el menú diario y constituyen uno de los puntos de mayor sangría para los intereses del Estado. Existe el Estatuto de Contratación de la Administración Pública, cuyo eje vertebral lo constituye la Ley 80 de 1993, reformada en diversas ocasiones con el fin de brindar un instrumento de represión efectivo contra las acciones que atentan contra los intereses de los ciudadanos, representados en el Estado.

En este trabajo de investigación se aborda la temática de la Responsabilidad del Funcionario Público en materia de Contratación Estatal, en cuanto toca al Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades, el cual pretende constituirse en un filtro contra los efectos nocivos que, por acción u omisión, pueden derivarse de la

indebida contratación con fondos del Estado. Se aborda el problema desde la perspectiva de instituciones; figuras que fueron concebidas como medios de control para la contratación y sobre cuya conveniencia el autor de este trabajo guarda sus reservas, por considerar que, en cierto modo, son incompatibles con el espíritu mismo de la Constitución Nacional.

En el estudio se incluye jurisprudencia y puntos de vista diversos, orientado todo ello a su enriquecimiento y a la búsqueda de claridad sobre un tema que, no pierde actualidad, en razón de la naturaleza humana y de las permanentes oportunidades que se hallan cobijadas en los pliegues de la contratación estatal.

0.1. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Contratación Estatal es uno de los puntos vulnerables de la administración pública, no sólo en Colombia sino en la mayoría de los países del mundo. Es frecuente el señalamiento que se hace a las grandes multinacionales y a los contratistas, por sobornos y tráfico de influencia a los servidores públicos, en materia de celebración de contratos.

Las consecuencias de los actos de corrupción en la contratación estatal son diversas; van desde el perjuicio por razón de sobre costos de las obras, hasta la omisión en la ejecución de las mismas, sin eludir la compra de materiales de mala calidad o la entrega de materiales defectuosos, según sea la naturaleza del contrato. A ello hay que añadir que los gobernantes pierden credibilidad por aquello de la politiquería, debilitándose así la solidez de las estructuras de la Nación.

Todo esto ha conllevado a que en cada país se endurezcan las leyes anticorrupción y las normas que regulan la responsabilidad de los servidores públicos en materia de contratación con el Estado; atribuyéndoles responsabilidad penal, disciplinaria, civil y fiscal a los funcionarios que actúen en contra de los intereses generales del mismo, al tiempo que cada día se señalan más condiciones para la celebración de contratos con el Estado, incluyendo las

inhabilidades e incompatibilidades, es decir, condiciones que inhiben a un funcionario o a una persona natural o jurídica para celebrar contratos con la Administración Pública. El Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades, busca eliminar el favorecimiento indebido de terceros en las contrataciones, así como la celebración indebida por razón de competencias, en nombre del Estado. Estas medidas están orientadas a depurar los actos de contratación estatal y defender las arcas del erario contra el asalto que se deriva de contrataciones dolosas, o por lo menos de contrataciones celebradas sin el lleno de requisitos legales u omitiendo limitaciones legales, que impiden a determinadas personas, en también determinadas condiciones, celebrar contrataciones con la Administración Pública.

En Colombia, el esfuerzo del legislador en torno a este tema, se halla plasmado en diversas normas que buscan garantizar hasta donde es posible, la celebración diáfana de contratos, entendiéndose como tal, aquella que se sujeta a los requerimientos y necesidades de la Administración, para favorecer el interés general de los asociados. El Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades establece cuándo una persona puede y cuándo no puede celebrar contratos con el Estado, la violación del mismo, conlleva no solo las consecuencias señaladas anteriormente, sino también la nulidad del contrato y la reparación del daño causado con la contratación dolosa.

Ahora bien, el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades, como toda expresión del Derecho, es susceptible de discusión en el campo del sano debate.

Sin embargo, la responsabilidad del funcionario en relación con la contratación estatal es claro y taxativo, razón por la que su contenido no es discutible, aunque sí su aplicación, según cada caso, es decir, dependiendo de cada situación, en el sentido que cada una quede enmarcada dentro del régimen establecido por la Ley.

Esa legislación fija consecuencias legales para quienes, siendo funcionarios estatales, incurran en la figura de la contratación indebida o contratación dolosa, cualquiera sea su forma y alcance, siendo este otro aspecto a tratar en el presente trabajo de investigación, es decir, el alcance de la responsabilidad de los funcionarios del gobierno que violan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades y celebran contratos con el Estado o en su nombre, con el consiguiente perjuicio para el erario público.

0.2. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

A partir de las anteriores consideraciones, el autor de este anteproyecto se plantea la siguiente pregunta problema:

¿Cuál es la responsabilidad de los servidores públicos que violan el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la legislación colombiana, en materia de contratación estatal?

0.3. OBJETIVOS

0.3.1. Objetivo general

Determinar y analizar la responsabilidad de los servidores públicos, según la naturaleza de cada caso, y las consecuencias que deben asumir los funcionarios estatales que violan el Régimen de Inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la legislación colombiana, en materia de contratación estatal.

0.3.2. Objetivos específicos

- Analizar el contenido de la legislación, en cuanto toca a las inhabilidades e incompatibilidades para celebrar contratos con el Estado, en Colombia.
- Identificar las condiciones exigidas para preservar la pureza de las contrataciones con el Estado, en Colombia.
- Determinar las consecuencias que, en materia de responsabilidad, deben enfrentar los funcionarios del Estado que violan el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en cuanto se refiere a la contratación estatal, en Colombia.

0.4. JUSTIFICACIÓN

El Estado requiere de la contratación pública, como herramienta de ineludible aplicación en el cumplimiento de las funciones que constitucionalmente le han sido signadas.

Quiere lo anterior decir que, la contratación de cualquier tipo por parte del Estado, es de diaria aplicación, sea para cubrir los servicios y necesidades del Estado o para atender los requerimientos de la comunidad, que espera de aquél la atención de sus necesidades y solución a los distintos problemas que a diario enfrenta. De ahí que las administraciones públicas, en todos los países del mundo, deban celebrar contratos, a fin de cumplir cabalmente con lo que los ciudadanos esperan de ellas, los gobernantes deben cumplir cabalmente con el voto programático establecido en el programa de gobierno inscrito ante las autoridades electorales.

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en la legislación colombiana, busca purificar los procesos de contratación estatal; el legislador establece taxativamente cuándo no es dada la celebración de un contrato, por contaminación de los procedimientos, evitando así la comisión de actos dolosos y de consecuencias funestas para el interés general. Pero, dado que los funcionarios públicos pueden tomar decisiones según el grado de competencia que poseen, ese régimen es susceptible de violación, voluntaria o involuntaria,

razón por la que se establecen responsabilidades para los culpables, según la naturaleza de cada caso, a partir de una legislación de general aplicación.

Por lo anterior, se estima que la identificación de esas consecuencias, es una necesidad para todo funcionario estatal, a fin de conocer no sólo el régimen las inhabilidades e incompatibilidades y procedimientos de contratación que aplican legalmente con el Estado, sino también las responsabilidades exigibles a ellos, en caso de omisión o de violación sistemática al mismo.

Dado que todo ciudadano tiene derecho a ejercer cargos públicos, se considera que este estudio se justifica desde el punto de vista práctico, puesto que se orienta a identificar las responsabilidades que derivan de una contratación estatal indebida. También, desde la perspectiva práctica, el estudio se justifica porque permitirá a su autor, fortalecer los conocimientos adquiridos en el proceso académico, actualizándose en materia de legislación relacionada con el tema abordado en este estudio.

Se aspira igualmente a que el contenido de este trabajo, sirva de material de consulta a estudiantes de nuevas promociones, interesados en conocer los pormenores legales de la responsabilidad que compete al funcionario público, cuando incurre en la celebración indebida de contratos, en nombre del Estado.

0.5. DELIMITACIÓN

0.5.1. Delimitación geográfica

Dado que Colombia es una República Unitaria, el ámbito de aplicación de sus leyes cubre toda la jurisdicción legal del país, con aplicación similar en todo el territorio nacional.

0.5.2. Delimitación temática

La Ley 80 de 1993 y normas complementarias posteriores, señalan en su totalidad las condiciones y procedimientos que derivan de la contratación estatal. No obstante, a efectos de este estudio, el mismo se centrará exclusivamente en cuanto toca a las inhabilidades e incompatibilidades para contratar con el Estado y la responsabilidad que compete a los servidores públicos, que incurran en violación de las normas señaladas para tal fin, en la legislación nacional.

0.5.3. Delimitación temporal

El estudio abarca desde 1993 hasta la actualidad, en cuanto compete a legislación sobre contratación estatal y las inhabilidades e incompatibilidades que aplican para la misma.

0.6. HIPÓTESIS

La contratación estatal, en Colombia, se haya sujeta a un régimen de inhabilidades e incompatibilidades de las cuales se derivan diversos grados de responsabilidad, para los funcionarios que vulneren lo establecido en la normatividad legal correspondiente.

0.6.1. Variable independiente

Régimen de Inhabilidades e Incompatibilidades aplicables en la contratación estatal, en Colombia.

0.6.2. Variables dependientes

Responsabilidad disciplinaria

Responsabilidad fiscal

Responsabilidad Civil

Responsabilidad Penal

0.7. DISEÑO METODOLÓGICO

Los estudios orientados a la comprobación de hipótesis causales pueden definirse en el nivel explicativo y su realización supone el ánimo de contribuir al desarrollo del conocimiento científico, razón por la cual el rigor científico se constituye en pilar fundamental para su elaboración.

El estudio explicativo se orienta a comprobar hipótesis de tercer grado, esto es, identificación y análisis de las causales y sus resultados, los que se expresan en hechos verificables (variables dependientes). Por ello, se hace importante el establecimiento de variables en las cuales exista un grado de complejidad cuya ocurrencia y resultados determinen explicaciones que contribuyan al conocimiento científico.

Método de estudio

Analítico. El análisis inicia su proceso de conocimiento por la identificación de cada una de las partes que caracterizan una realidad; de este modo podrá establecer las relaciones causa-efecto entre los elementos que componen su objeto de investigación.

Información

-Primaria. Será tomada mediante análisis de la normatividad vigente, particularmente en cuanto se refiere al Régimen de Inhabilidades, contenido en la legislación colombiana para efectos de la contratación estatal.

-Secundaria. Será tomada de revistas y medios de comunicación escritos, especializados en la divulgación y discusión de fenómenos que se dan en el seno de la contratación estatal, en Colombia.

1. LA CONTRATACIÓN ESTATAL

1.1. RAZONES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

La Ley 80 o Estatuto General de Contratación de la Administración Pública de 1993, derogó el anterior estatuto de contratación estatal, contemplado en el Decreto 222 de 1983, expedido por el gobierno en ejercicio de facultades extraordinarias conferidas por la Ley 19 de 1982, es decir, este estatuto tuvo un período de duración de 11 años.

La evolución de este régimen, sin embargo, al parecer fue breve porque, 14 años después, vio la luz la Ley 1150 del 16 de julio/07, por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con recursos públicos, con el fin de adecuar la estructura legal de la contratación a las necesidades reales de la administración pública en Colombia.

La Ley 80 de 1993, introdujo cambios sensibles en torno de la contratación estatal, tales como:

-Vigencia en toda la Nación, es decir, que resulta aplicable no sólo a los contratos del gobierno nacional, sino que es aplicable en los entes territoriales, en los entes

descentralizados, los territorios indígenas y los demás organismos o dependencias del Estado a los que la ley otorga capacidad para celebrar contratos.

-Fundamenta el proceso de contratación estatal en reglas y principios: la transparencia, la economía, la responsabilidad, la selección objetiva, la ecuación o igualdad contractual, la autonomía de la voluntad y la tutela del interés público.

Además, procura conservar la inmutabilidad del equilibrio económico y financiero del contrato. Con este propósito, la entidad estatal podrá pactar intereses moratorios para evitar la aplicación de la tasa equivalente al doble del interés legal civil sobre el valor histórico actualizado y en caso de romperse la igualdad, por causas no imputables a quien resulte afecto, las partes adoptarán las medidas necesarias para su restablecimiento.

-Agiliza los trámites de contratación y suprime las etapas de revisión, tanto por el Consejo de Ministros como por la jurisdicción contenciosa administrativa. Es decir, el perfeccionamiento se produce cuando se logre acuerdo sobre el objeto y la contraprestación y el contrato se eleve a escrito. Empero, para su ejecución se requerirá la aprobación de la garantía única y la existencia de la disponibilidad presupuestal.

-En esta ley, la licitación y el concurso se conciben como procedimientos de selección del contratista que no podrán ser sino públicos, al tiempo que abre un amplio campo de acción a la contratación directa.

La contratación estatal en Colombia ha sido fuente de innumerables problemas, parte de los cuales constituyen el eje de esta investigación. Particularmente, en cuanto tiene que ver con la transparencia en la contratación, elemento que es, precisamente, uno de los puntos neurálgicos del proceso, en un país en el que como el nuestro la influencia política es manejada de manera macro, es decir, a grandes niveles, tal como se evidencia con las permanentes denuncias que se producen por efectos de la contratación estatal, realizada entes territoriales y de la misma Nación, y en razón del incumplimiento de requisitos, tráfico de influencias, celebración indebida de contratos y otra serie de figuras jurídicas que ponen en evidencia la necesidad que existe de legislar permanentemente sobre el tema.

Pero no se puede hablar de problemas de la Contratación Estatal sin abordar el caso de la corrupción, fenómeno que pulula en los entes de la administración pública, generando desconfianza ciudadana y, en ocasiones, inquietud en funcionarios del Estado cuya probidad puede verse empañada por la comisión de un error, sea de exceso o de omisión. En Colombia, como se expresa reiteradamente a lo largo de este documento, la corrupción en la contratación es casi una constante; no se trata de una afirmación gratuita, sino de una realidad tangible, denunciada a diario por los medios de comunicación nacionales y territoriales y por parte de la ciudadanía.

La palabra “corrupción” etimológicamente viene del latín corruptus, que significa

descomposición, podredumbre o desintegración; igualmente, se identifica como el proceso degenerativo de las normas y de los valores que se establecen en la sociedad. La corrupción es definida como: “la apropiación privada (indebida) de un bien público” (Gómez, 1993).

Una definición también genérica de corrupción consiste en afirmar, como lo hace Bejarano, que: “...hay un acto de corrupción cuando una persona ilícitamente pone su interés personal por encima de los intereses generales que está obligado a servir”. De hecho, “...la corrupción genera, entre otros efectos, la deslegitimación del Estado, y de la organización política, afecta la eficacia empresarial, hace ineficiente la asignación de recursos públicos y privados y distorsiona las políticas públicas”. (Bejarano, 1996:84).

Según Restrepo (1994:1), la tradición republicana, desde Platón hasta Maquiavelo, proporcionó el contexto en el cual se definió la corrupción como la creciente incapacidad del sistema político para alcanzar el interés público, es decir, para llegar al espacio en el cual la libertad y la seguridad pueden existir. Tajante por ello resulta la apreciación de Cortina según la cual “La tentación de utilizar el cargo público en beneficio privado es tal vez la cuestión más difícil de salvar. Habitualmente quien accede a un puesto administrativo considera que cuanto rodea al cargo le pertenece para su beneficio, cosa a todas luces falsa, pero al parecer raramente superable” (Cortina, 1998:163).

A partir de estos lineamientos conceptuales, la corrupción es entonces un efecto y no una causa. Es un efecto de las relaciones del Estado y los individuos que no se dirigen hacia el bienestar colectivo. Además, el fenómeno de la corrupción expresa comportamientos sociales que se identifican con la alteración de un orden que puede ser entendido bajo tres formas: el orden del Estado de derecho, el orden del sistema económico y el orden del régimen político (Villamizar, 2001:110).

En relación con el primero, la corrupción se expresa como una violación de las normas; si el orden es económico, la corrupción puede verse como alteración de la asignación de recursos y distorsionadora de los precios, o, en el lado opuesto, como una garantía para la eficacia de la acción económica; por último, si el orden es el sistema político, la corrupción se relaciona entonces con las formas de hacer política y los medios de su legitimación para mantenerse en el poder a través de la maximización de votos.

Estos conceptos permiten también identificar una aproximación a la corrupción centrada en el servicio público, que la concibe como el comportamiento que se desvía de las funciones naturales del cargo público para atender intereses privados (familia, círculo de amigos, entre otros), obtener ganancias pecuniarias o posición social, y por otra parte, una aproximación centrada en el mercado según la cual el funcionario público concibe su trabajo como un negocio cuyos ingresos busca maximizar. Su despacho se convierte entonces en una 'unidad maximizadora' y, en consecuencia, el monto de sus ingresos dependerá de las

condiciones del mercado y de su habilidad para encontrar el punto de máxima ganancia en la curva de la demanda pública.

Para la teoría económica, es claro entonces, que los gobernantes y burócratas no son distintos de los demás agentes económicos y, en concreto, que no actúan movidos por el interés de los demás de la sociedad, de los ciudadanos, sino por su interés personal. Por tanto, a la hora de tomar una decisión, sólo tendrán en cuenta el bienestar social en la medida en que esto condicione su propio interés personal, por ejemplo, porque de este modo podrán conseguir, retener o mejorar su empleo, incrementar su remuneración, desarrollar su carrera, aumentar su prestigio personal y social, etc. Esto significa que "...esos agentes acabarán descubriendo y explotando todas las oportunidades de beneficio privado que se les presenten, incluyendo el recurso al soborno, la extorsión y otras formas de corrupción, y que crearán las condiciones que les permitan aumentar las posibilidades o la rentabilidad de soborno o extorsión, siempre que los costes de esa actividad no superen los beneficios esperados....Así pues, la corrupción es un fenómeno natural e inevitable, al menos mientras algunos agentes estén en condiciones de aprovecharse de su poder de decisión.

Al analizar las causas de la corrupción Klitgard (1994), concluye que mayores serán los incentivos para actuar de manera deshonesto o corrupta, cuando el agente goza de arbitrio y tiene bajo nivel de responsabilidad; en este evento hay poca probabilidad de que el agente sea descubierto y sancionado rápida y

eficientemente. Así las cosas, la utilidad por ser corrupto es mucho mayor que la de no serlo. Además son estas causas, entre otras, las que permiten explicar su carácter dinámico y multiplicativo al interior de las instituciones gubernamentales y hacia los demás agentes para incurrir en este tipo de actividades ilícitas; dinámico porque se adapta a las nuevas circunstancias, evolucionando rápidamente y convirtiéndose en una práctica sutil, imperceptible, sofisticada; y multiplicativa porque tiende a contagiar a las personas e instituciones que se han caracterizado por su transparencia y actitud ética.

1.2. BASES DE LA CONTRATACIÓN ESTATAL

El Estado tiene unas funciones que le han sido atribuidas constitucionalmente y que constituyen parte de sus obligaciones, en la administración y garantía del bienestar y progreso de los asociados. En la misma forma en que tiene una Potestad Tributaria para imponer, recaudar y administrar impuestos, también está sujeto a normas que le obligan al manejo de la cosa pública, en forma tal que se oriente al progreso general de la comunidad. Así lo determina la Carta Magna en el artículo 2º, al definir. Son fines esenciales del Estado: ¿servir a la comunidad, promover la prosperidad general y garantizar la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución; ¿facilitar la participación de todos en las decisiones que los afectan y en la vida económica, política, administrativa y cultural de la Nación; defender la independencia nacional, mantener la integridad territorial y asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de

un orden justo.

Las autoridades de la República están instituidas para proteger a todas las personas residentes en Colombia, en su vida, honra, bienes, creencias, y demás derechos y libertades, y para asegurar el cumplimiento de los deberes sociales del Estado y de los particulares.

Es el Estado quien debe construir obras de influencia social, con los dineros que aportan los ciudadanos; es el Estado quien debe suplir las necesidades de servicios públicos, construcción de vías, obras de infraestructura de servicios básicos en salud y educación; es el Estado quien debe construir la base del desarrollo y para ello requiere de la contratación pública, como herramienta para acceder a los bienes y servicios necesarios para el cumplimiento de sus fines.

De ahí que el Estado, inexorablemente, deba recurrir a la contratación de empréstitos, a la contratación de la construcción de obras de infraestructura, de bienes de servicios, de servicios y todo cuanto requiera en su estructura administrativa y operativa; y es aquí donde anida la corrupción y donde pulula la coyuntura nefasta del acto malévolo desprevenido y del acto corrupto premeditado.

Sin embargo, es necesario aclarar que no siempre que hay mala contratación puede hablarse de corrupción, debido a que se alegan causas de exculpación, sin embargo, gracias a la capacitación y permanente información que los entes

administrativos de todo orden otorgan a los servidores públicos, para que no incurra en actos que van en detrimento del patrimonio público y del interés del Estado, se hace cada vez menos posible alegar esta causal.

Así lo ha entendido el legislador y por ello se establecen distintos grados de responsabilidad, dependiendo de la naturaleza de la falta en la que incurra el funcionario del Estado, que puede ser desde leve hasta gravísima.

Llegando a este punto de discusión, se estima necesario aclarar algunos aspectos relacionados con la responsabilidad del funcionario, pero, inicialmente, aclarar qué se entiende por “responsabilidad”, en términos genéricos y específicos.

Responsable es aquel que conscientemente es la causa directa o indirecta de un hecho y que, por lo tanto, es imputable por las consecuencias de ese hecho, entonces termina por configurarse un significado complejo: el de responsabilidad como virtud por excelencia de los seres humanos libres.

En la tradición kantiana, la responsabilidad es la virtud individual de concebir libre y conscientemente las máximas universalizables de nuestra conducta. Para Hans Jonas, en cambio, la responsabilidad es una virtud social que se configura bajo la forma de un imperativo que, siguiendo formalmente al imperativo categórico kantiano, ordena: “obra de tal modo que los efectos de tu acción sean compatibles con la permanencia de una vida humana auténtica en la Tierra”. Dicho imperativo se conoce como el "principio de responsabilidad".

La responsabilidad jurídica surge cuando el sujeto transgrede un deber de conducta señalado en una norma jurídica que, a diferencia de la norma moral, procede de un organismo externo al sujeto, como lo es el Estado; o por reglamentación o a través de prohibiciones o de normas imperativas.

El efecto propio en las normas jurídicas es la reacción que el Derecho o la sociedad toda tiene respecto del sujeto que viola la norma jurídica, que se supone no es otra cosa que la manifestación del querer de todos. La sanción es la reacción que tiene la sociedad respecto de este incumplimiento.

Generalmente puede atribuirse a todo sujeto de derecho, tanto a las personas naturales como jurídicas, basta que el sujeto de derecho incumpla un deber de conducta señalado en el ordenamiento jurídico.

La responsabilidad jurídica es la imputabilidad jurídica que puede manifestarse como culpabilidad penal (dolosa o no) o como simple imputabilidad no culposa (responsabilidad objetiva).

La modernidad trajo consigo la desintegración del concepto unitario de responsabilidad en distintos tipos de ella (moral, política, jurídica). La noción subyacente a todas las formas de responsabilidad es, quizá, la de imputabilidad.

La imputabilidad surge de la existencia de una decisión de autoridad que atribuye una sanción o de una norma válida que impone un deber ser (obligación o

prohibición). Como culpabilidad, la responsabilidad emana del incumplimiento intencional o imprudencial de tales normas.

2. EL CONTRATO CON EL ESTADO

El Contrato estatal es el acto de manifestación de voluntad generadora de obligaciones, en el que al menos una de las partes intervinientes es una entidad estatal.

La entrada en vigencia de la ley 80 de 1993, mediante la cual se dictó un nuevo régimen de contratación administrativa, dejó de lado la distinción que anteriormente habían hecho la ley, la jurisprudencia y la doctrina, entre contratos administrativos y contratos privados de la administración al señalar que los contratos en donde intervienen las Entidades Estatales, sin distingo alguno, son contratos Estatales (artículos 2 y 32), regidos por las disposiciones comerciales y civiles correspondientes, salvo en las materias particularmente reguladas en esa ley, y asignó la competencia para conocer de las controversias originadas en ellos, exclusivamente a la jurisdicción contenciosa administrativa.

La ley 80 de 1993, regula las diferentes fases del contrato y aunque para una mayor comprensión es necesario hacer una revisión de las otras normas atinentes al tema, lo que se busca realmente es determinar cuáles son las irregularidades relacionadas con cada momento de la contratación en las que comúnmente incurren los servidores públicos, ya sea por acción o por omisión.

Así mismo, es importante examinar cual es la tendencia decisoria que mantiene la Procuraduría en relación a las irregularidades relacionadas con la violación al régimen de inhabilidades e incompatibilidades, y así poder determinar la posición que tiene este organismo de control frente a las actuaciones y omisiones de los servidores públicos, lo que sin lugar a dudas tiene una fuerte repercusión en el comportamiento de quienes dirigen la actividad contractual en las diferentes esferas del Estado, es decir se buscará examinar si las medidas que se están tomando por este órgano, están siendo efectivas para combatir las prácticas corruptas de aquellos que desestiman el interés general para satisfacer intereses propios o de terceros.

2.1. NOCIÓN

Acto jurídico de naturaleza bilateral y generador de obligaciones, cuya característica esencial es que al menos una de las partes es una entidad estatal.

El artículo 32 de la ley 80 de 1993, señala que “son contratos estatales todos los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebren las entidades a que se refiere el presente estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o derivados del ejercicio de la autonomía de la voluntad”.

La fase precontractual se rige plenamente por las normas de Derecho Público, es decir por la Ley 80 de 1993 y por el Código Contencioso Administrativo, mientras

que la fase de la ejecución del contrato propiamente dicha, se rige en principio por las leyes civiles y comerciales excepto en lo que esté expresamente regulado en la ley 80.

3. RESPONSABILIDAD DE LOS SERVIDORES PUBLICOS EN MATERIA DE CONTRATACION ESTATAL, EN RELACION CON LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES.

La Corte Constitucional en una de sus providencias dispuso que los fundamentos constitucionales para la adopción del régimen de responsabilidad de los servidores públicos, se encuentra sobre todo en el artículo 90 de la Constitución Política, que contiene la cláusula general de responsabilidad, en concordancia con el artículo 6º y 124 también constitucionales y de los artículos 4º y 5º de la Ley 80 de 1993 que tratan sobre los derechos y deberes de las entidades estatales y los contratistas, se consagró expresamente en el capítulo 5º de dicha ley la denominada responsabilidad contractual, en los siguientes términos:

Artículo 50º. De la Responsabilidad de las Entidades Estatales. Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicos que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

Artículo 51º. De la Responsabilidad de los Servidores Públicos. El servidor público responderá disciplinaria, civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la Constitución y de la ley.

Artículo 52º.- De la Responsabilidad de los Contratistas Los contratistas responderán civil y penalmente por sus acciones y omisiones en la actuación contractual en los términos de la ley. Los consorcios y uniones temporales responderán por la acciones y omisiones de sus integrantes, en los términos del artículo 7o. de esta Ley.

Artículo 53º.- De la Responsabilidad de los Consultores, Interventores y Asesores Los consultores, interventores y asesores externos responderán civil y penalmente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría, interventoría, o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fuere imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de consultoría, interventoría o asesoría.

Con base en las normas transcritas, podemos concluir que en materia de contratación pública existen cuatro tipos de responsabilidades: Disciplinaria, Fiscal, Civil y Penal, que constituyen la consecuencia jurídica a la vulneración del principio de legalidad que rige la actividad de la contratación, por parte de quienes intervienen en la gestión contractual, esto de conformidad con el artículo 4º núm. 7º de la Ley 80 de 1993, además el artículo 26 del mismo estatuto que determina el alcance específico del principio de responsabilidad, tanto respecto de los servidores públicos como de los contratistas.

De todo lo anterior se desprende que los servidores públicos tienen una actividad reglada, debido a que están en la obligación de respetar las leyes y la Constitución, de ahí nace la teoría de las prerrogativas públicas. Ellos solo pueden hacer lo que les está expresamente autorizado debido a que están al servicio del Estado y por tanto deben realizar todas sus actuaciones de acuerdo a los fines del mismo.

3.1. RESPONSABILIDAD CIVIL Y PENAL

La responsabilidad civil consiste en la obligación que recae sobre una persona de reparar el daño que ha causado a otro, sea en naturaleza o bien por un equivalente monetario, (normalmente mediante el pago de una indemnización de perjuicios). Díez-Picazo define la responsabilidad como “la sujeción de una persona que vulnera un deber de conducta impuesto en interés de otro sujeto a la obligación de reparar el daño producido”. Aunque normalmente la persona que responde es la autora del daño, es posible que se haga responsable a una persona distinta del autor del daño, caso en el que se habla de responsabilidad por hechos ajenos, como ocurre, por ejemplo, cuando a los padres se les hace responder de los daños causados por sus hijos, o al propietario del vehículo de los daños causados por el conductor con motivo de la circulación.

La responsabilidad civil puede ser contractual o extracontractual. Cuando la norma jurídica violada es una ley (en sentido amplio), hablamos de responsabilidad extracontractual, la cual, a su vez, puede ser delictual o penal (si el daño causado

fue debido a una acción tipificada como delito), o cuasi-delictual o no dolosa (si el perjuicio se originó en una falta involuntaria). Cuando la norma jurídica transgredida es una obligación establecida en una declaración de voluntad particular (contrato, oferta unilateral, etcétera).

En cuanto a las sanciones derivadas de la declaratoria de responsabilidad penal, además de las previstas en el Código Penal, la Ley 80 de 1993 dispuso en su artículo 58, numerales 3º, 4º, 5º y 6º, que los responsables se harán acreedoras a:

3o.- En caso de declaratoria de responsabilidad civil o penal y sin perjuicio de las sanciones disciplinarias, los servidores públicos quedarán inhabilitados para ejercer cargos públicos y para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de la respectiva sentencia. A igual sanción estarán sometidos los particulares declarados responsables civil o penalmente.

4o.- En los casos en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme, o elevado pliego de cargos, la autoridad competente podrá, con el propósito de salvaguardar la recta administración pública, suspender provisionalmente al servidor público imputado o sindicado hasta por el término de duración de la medida de aseguramiento o de la investigación disciplinaria.

5o.- En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme a un particular, por acciones u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, se informará de tal circunstancia a la respectiva Cámara de Comercio que procederá de inmediato a inscribir dicha medida en el registro de proponentes.

El jefe o representante legal de la entidad estatal que incumpla esta obligación, incurrirá en causal de mala conducta.

6o.- En el evento en que se hubiere proferido medida de aseguramiento en firme al representante legal de una persona jurídica de derecho privado, como consecuencia de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual, aquella quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por todo el término de duración de la medida de aseguramiento. Si se profiere Sentencia condenatoria contra dicho representante legal, la persona jurídica quedará inhabilitada para proponer y celebrar contratos con las entidades estatales por diez (10) años contados a partir de la fecha de ejecutoria de dicha sentencia. A igual sanción estará sometida la persona jurídica declarada civilmente responsable por razón de hechos u omisiones que se le imputen en relación con su actuación contractual”.

En este orden de ideas debemos aseverar que el objetivo principal de la responsabilidad civil es procurar la reparación, que consiste en restablecer el equilibrio que existía entre el patrimonio del autor del daño y el patrimonio de la víctima antes de sufrir el perjuicio. La responsabilidad civil posee un aspecto preventivo, que lleva a los ciudadanos a actuar con prudencia para evitar comprometer su responsabilidad; y un aspecto punitivo, de pena pecuniaria.

El rol preventivo es discutible en realidad, toda vez que un sistema de responsabilidad basado en factores subjetivos de atribución no favorece la prevención. Más aún, los sistemas de responsabilidad que basan su forma

institucional en un daño causado y los sistemas realmente preventivos son de carácter residual o subsidiario. Así, algunos propugnan que son los duros términos de los sistemas objetivos de responsabilidad los que, en base a una sanción difícilmente excusable, favorecen realmente la prevención.

Es importante distinguir la responsabilidad civil de la responsabilidad penal, ya que esta última tiene por finalidad designar a la persona que deberá responder por los daños o perjuicios causados a la sociedad en su totalidad, no a un individuo en particular. A la vez, todas estas especies de responsabilidad jurídica deben distinguirse de la responsabilidad moral, en la cual los responsables no responden de sus actos ante la sociedad, sino ante su propia conciencia.

Para la responsabilidad penal los daños o perjuicios tienen un carácter social, pues son considerados como atentados contra el orden público lo suficientemente graves como para ser fuertemente reprobados y ser erigidos en infracciones. Las sanciones penales tienen una función esencialmente punitiva y represiva, y sólo buscan la prevención de manera accesorio (ya sea a través de la intimidación y la disuasión, o a través de la rehabilitación del culpable, de su reeducación o de su reinserción social).

La responsabilidad civil intenta asegurar a las víctimas la reparación de los daños privados que le han sido causados, tratando de poner las cosas en el estado en que se encontraban antes del daño y restablecer el equilibrio que ha desaparecido entre los miembros del grupo. Por estas razones, la sanción de la responsabilidad civil es, en principio, indemnizatoria, y no represiva.

Es importante mencionar que ambas ramas jurídicas pueden coexistir un mismo hecho. Es decir, una pena privativa de libertad puede ser aplicada, sin perjuicio de la responsabilidad civil que pudiera acarrear haber incurrido en un hecho ilícito.

Así las cosas, la Ley 80 de 1993 establece en su artículo 57 que “El servidor público que realice alguna de las conductas tipificadas en los artículos 144, 145 y 146 del Código Penal, incurrirá en prisión de cuatro (4) a doce (12) años y en multa de veinte (20) a ciento cincuenta (150) salarios mínimos legales mensuales”. De otro lado, el artículo 56 del mismo estatuto consagra la responsabilidad penal de los particulares, en los siguientes términos: “Para efectos penales, el contratista, el interventor, el consultor y el asesor se consideran particulares que cumplen funciones públicas en todo lo concerniente a la celebración, ejecución y liquidación de los contratos que celebren con las entidades estatales y, por lo tanto, estarán sujetos a la responsabilidad que en esa materia señala la ley para los servidores públicos”.

Las anteriores disposiciones indican los sujetos activos calificados que pueden ser responsables penalmente en el ejercicio de la gestión contractual administrativa y en este sentido se señala que además de los servidores públicos, son sujetos los contratistas, interventores, consultores y asesores de las entidades públicas, es decir, los particulares que intervienen en la contratación estatal.

3.2. RESPONSABILIDAD FISCAL

Es el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías con el fin de determinar y establecer la responsabilidad de los servidores públicos y de los particulares, cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, causen por acción u omisión y en forma dolosa o culposa, un daño al patrimonio del Estado.

De acuerdo a lo establecido en el artículo 4º de la Ley 610 de 2000, la responsabilidad fiscal es la que tiene por objeto el resarcimiento de los daños ocasionados al patrimonio público como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de quienes realizan gestión fiscal mediante el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la respectiva entidad estatal.

De allí, que sean sujetos de responsabilidad fiscal, los servidores públicos y los particulares que estén jurídicamente habilitados para ejercer gestión fiscal, es decir, que tengan poder decisorio sobre fondos o bienes del Estado puestos a su disposición, tal como sucede con los contratistas, puesto que manejan dineros públicos del Estado, cuando a éste se le entregan fondos a título de anticipo, siendo responsable de ese dinero y de que se haga buena inversión con el mismo. El principal objetivo en esta área es la determinación de la responsabilidad fiscal, con el fin de recuperar los dineros sustraídos al erario y, en general, buscar el resarcimiento de los daños al patrimonio público. La principal herramienta con que cuenta el Estado para determinar la responsabilidad fiscal es la aplicación del

proceso como tal, a través del cual se procura recuperar los dineros públicos malversados o extraviados como consecuencia de una inadecuada gestión fiscal.

En este sentido el artículo 58 de la Ley 610 de 2000 estipula que “Una vez en firme el fallo con responsabilidad fiscal, prestará mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hará efectivo a través de la jurisdicción coactiva de las Contralorías”.

EL artículo 61 de la misma ley dispone por su parte, que “Cuando en un proceso de responsabilidad fiscal un contratista sea declarado responsable, las contralorías solicitarán a la autoridad administrativa correspondiente que declare la caducidad del contrato, siempre que no haya expirado el plazo para su ejecución y no se encuentre liquidado”.

Finalmente, respecto de las consecuencias de la responsabilidad fiscal, concluimos que es el pago de una indemnización pecuniaria que compense el perjuicio sufrido por la correspondiente entidad pública.

3.3. RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA

La responsabilidad disciplinaria, regulada por la Ley 734 de 2002, se configura cuando los servidores públicos y los particulares expresamente previstos en el Código Único Disciplinario, incurren en faltas disciplinarias, gravísimas, graves o leves, o por el incumplimiento de los deberes, el abuso de los derechos, la extralimitación de las funciones, o la violación al régimen de prohibiciones,

impedimentos, inhabilidades, incompatibilidades o conflicto de intereses consagrados en la Constitución o en la ley.

Los deberes, las prohibiciones y las faltas disciplinarias gravísimas están previstas en los artículos 34, 35 y 48 del Código Disciplinario Único respectivamente.

Cuando se genera la configuración de una inhabilidad o una incompatibilidad, lo que se da es una trasgresión al régimen legal, tanto en el orden material como en el orden intencional, es decir, para que se configure la inhabilidad o la incompatibilidad y por lo tanto sea sancionable, se debe estar actuando a sabiendas de que se está, incurso en la prohibición, pues de no ser así, ésta no podrá ser sancionada. De hecho, la Corte Suprema de Justicia señaló que para que exista el delito de celebración indebida de contratos por la conducta dolosa, prevista en el artículo 144 del Código Penal, al caer incurso en una inhabilidad, no se acepta la tentativa de inhabilidad o de incompatibilidad, para que haya delito se necesita la calificación material, la trasgresión real.

Una vez configurada la falta, es decir que la persona conozca su inhabilidad o su incompatibilidad, se está en la obligación de abstenerse de la actuación contractual, y si es la administración pública la que conoce dicha falta, ésta tiene la obligación, no la facultad de parar el contrato o la licitación, pues este es uno de los poderes de que goza la administración, ella por medio del jefe o representante legal de la entidad, que es el encargado de guiar la actividad contractual de acuerdo con los fines del Estado, deberá parar toda actuación que sea contraria a la ley, so pena de incurrir en sanciones de tipo disciplinario.

En cuanto a los efectos, puede dar lugar a la imposición de las siguientes sanciones, según lo dispuesto en los artículos 44 de la Ley 734 de 2002 y 58 de la Ley 80 de 1993:

1. Destitución e inhabilidad general, para las faltas gravísimas dolosas o realizadas con culpa gravísima.
2. Suspensión en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial para las faltas graves dolosas o gravísimas culposas.
3. Suspensión, para las faltas graves culposas.
4. Multa, para las faltas leves dolosas.
5. Amonestación escrita, para las faltas leves culposas.

Valga aclarar que los interventores de los contratos estatales, cuando son personas naturales o personas jurídicas, serán responsables tanto su representante legal como los miembros de la junta directiva, conforme al artículo 53 del Código Disciplinario Único. Por su parte, las faltas y sanciones de los particulares están consagradas en los artículos 55 y 56 del mismo código respectivamente.

4. REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

4.1. JUSTIFICACIÓN DEL RÉGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Las inhabilidades, son los inconvenientes legales o especiales relacionados con la persona del posible contratista que imposibilitan ejercer el derecho a participar en el proceso contractual o celebración de un acuerdo de voluntades.

La existencia del régimen de inhabilidades e incompatibilidades se justifica debido a muchas razones, tales como la de alejar del proceso de la contratación la influencia familiar o evitar que los funcionarios públicos contraten con entidades del estado, porque esto rompería el esquema de la igualdad y la imparcialidad en materia de contratos, producto del principio de transparencia.

La presencia de este régimen, se sustenta en el principio constitucional de que el interés público prevalece sobre el interés particular, y de que el interés general debe ser el propósito y la conducta dominante para el ejercicio de la función administrativa, la cual implica el desarrollo de los conceptos de moralidad e imparcialidad. Por estas razones quienes eventualmente entren en conflicto con estos postulados del ordenamiento supremo deben marginarse de los procesos públicos o de la posibilidad de contratación con las entidades estatales.

Con el régimen de inhabilidades e incompatibilidades se pretende preservar la moralidad pública y hacer más transparente la función administrativa en materia contractual.

El legislador previó en el régimen de inhabilidades o incompatibilidades un catálogo de circunstancias dirigidas a evitar la corrupción, el nepotismo, o prácticas nocivas que atentan o desvirtúan los cimientos en que se edifican las relaciones contractuales en las que, por estar en juego los recursos del Estado, su exigencia es cada vez mayor y rigurosa.

En estos casos, el motivo que justifica la institución es la exigencia ética de preservar la transparencia en el manejo de la cosa pública, lo que impone la necesidad de prohibirle la celebración de contratos con el Estado a los servidores públicos y sus parientes, que se encuentran en una posición de privilegio para acceder a los beneficios de la contratación pública, en detrimento del principio de igualdad de oportunidades de los asociados. Es que el sentimiento de lealtad y de intimidad familiar entre los servidores oficiales y sus parientes, afecta la igualdad entre proponentes y se sobrepone a las exigencias éticas de una sana y honesta competencia entre los concursantes, que es la base de la selección objetiva del contratista.

El tema de régimen de responsabilidades e inhabilidades está muy ligado al tema de la capacidad, de hecho, se puede considerar como un elemento importante,

pues en materia de contratación estatal no es suficiente con la capacidad de obrar como en derecho civil, sino que se debe estar exento de cualquier prohibición legal, dado que este régimen es una limitante de la capacidad para contratar con entidades estatales.

De hecho, la Corte Constitucional en sentencia C- 489 del 26 de septiembre de 1996 dispuso: “Las inhabilidades constituyen una limitación de la capacidad para contratar con las entidades estatales por parte de las personas naturales y jurídicas. Estas obedecen a la falta de aptitud o a la carencia de una cualidad, calidad o requisito del sujeto que lo incapacita para poder ser parte en una relación contractual con dichas entidades. Debido a los altos intereses públicos envueltos en las operaciones contractuales se exige que estas se realicen con arreglo a criterios de imparcialidad, eficacia, eficiencia, moralidad y transparencia. Es por ello que se prohíbe que accedan a la contratación estatal las personas que tengan intereses contrarios a los de las entidades públicas con los cuales se contrata o que carezcan de los requisitos o condiciones que puedan repercutir en el correcto, eficiente, y eficaz cumplimiento del contrato”.

4.2. NATURALEZA JURIDICA DEL REGIMEN INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La naturaleza jurídica de este régimen prohibitivo, es de orden público porque solamente pueden establecerse por mandamiento legal y están reservadas

siempre al legislador, de hecho, son instituciones de derecho estricto, de interpretación restrictiva, de régimen taxativo y expreso, de imposible interpretación analógica por parte del juzgador”.

En este punto, Luís Guillermo Dávila Vinueza hace una explicación bastante interesante, pues aunque acepta que este régimen de inhabilidades e incompatibilidades es de interpretación restrictiva, también argumenta que en casos excepcionales se debe acudir a una interpretación finalística o extensiva, pues en ciertos eventos esta permitiría cobijar una situación que no se encuentra planteada en la ley, pero igual hay un riesgo inmenso de colusión, lo que implica que si no se tiene en cuenta, la moral pública como bien jurídico tutelado, éste se vería desprotegido.

4.3. CONCEPTOS Y CARACTERISTICAS DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Del estudio realizado en esta investigación tenemos que asegurar que de manera genérica las inhabilidades e incompatibilidades se aplican a los servidores públicos y se entienden como prohibiciones motivadas por razones de orden público en aras de garantizar la ética y la probidad de las personas que desempeñan funciones públicas con fundamento en los principios constitucionales de transparencia, igualdad e imparcialidad y de la prevalencia de los intereses generales sobre los intereses particulares (Art. 209 de la C.P.).

Estos conceptos se encuentran claramente definidos por el legislador y las normas que consagran los eventos de inhabilidad e incompatibilidad se interpretan y aplican de manera restrictiva y nunca se efectúa su aplicación por vía de analogía.

En este orden de ideas entramos a definir los conceptos así:

Inhabilidad. Falta de aptitud legal para realizar determinados actos jurídicos, es decir, es la carencia de dicha actitud para asumir funciones públicas o el ejercicio de un cargo o empleo. Dado su carácter prohibitivo

Incompatibilidad. Prohibición legal expresa que constituye un obstáculo para el ejercicio simultáneo de determinados cargos o funciones, es decir es la prohibición constitucional o legal para que un servidor público, mientras ocupa su cargo o ejerza su investidura, no pueda desempeñar otro empleo, recibir otra asignación del tesoro o celebrar determinados contratos u ocuparse de determinadas gestiones o actividades.

En cuanto a la diferencia entre los conceptos de inhabilidad e incompatibilidad, en primer lugar, se podría afirmar que la da el tiempo en que se configura dicha prohibición. Si la tacha, restricción o impedimento se da antes de la celebración del contrato, sería inhabilidad, por lo tanto, sería un hecho prohibitivo antecedente a la celebración del contrato, en cambio la incompatibilidad se refiere al ejercicio mismo de la función pública. Habrá incompatibilidad respecto a la persona que ejerce una actividad gubernamental, mientras se ejerza una función pública, por lo tanto, no podrá tener relaciones negociables o contractuales con determinadas

personas o con determinadas sociedades; es coexistente o concomitante con una función pública.

La Corte Constitucional, en sentencia C-415 del 22 de septiembre de 1994, dijo que se encuadran dentro del concepto jurídico de incompatibilidad: “quienes tienen la calidad de servidores públicos; los parientes de los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o de los miembros de la junta o consejo directivo; quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante, durante el término de un año a partir de la fecha del retiro.

Características:

En cuanto a las características de estas instituciones tenemos las siguientes:

1. Son normas de aplicación inmediata una vez entran a formar parte del universo jurídico.
2. Requieren de expresa consagración normativa, bien sea de orden constitucional o legal.
3. Su interpretación es restrictiva, razón por la cual está prohibida su aplicación analógica.
4. Respecto de ellas, no se aplica el principio “in dubio pro reo” sino el principio “in dubio pro normae”, es decir, que en caso de duda

se prefiere lo dispuesto en la norma, por cuanto las prohibiciones defienden la moral pública.

La Corte Constitucional comenta sobre estas características que “Las inhabilidades, como las demás calidades, exigencias o requisitos que deben reunir los candidatos para efectos de su incorporación al servicio del Estado, en empleos de carrera o de libre nombramiento y remoción, deben estar consagradas en forma expresa y clara en el estatuto general que rige la función pública, o de manera específica, del estatuto de carrera, o de personal de cada entidad, sector o rama del poder público.”. Añade la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado que “Las causales de inhabilidad e incompatibilidad deben estar expresa y taxativamente consagradas en la Constitución o en la ley y son de aplicación o interpretación restrictiva. Este principio tiene su fundamento en el artículo 6º de la Constitución Política según el cual, los servidores públicos no pueden hacer sino aquello que expresamente les está atribuido por el ordenamiento jurídico; los particulares pueden realizar todo lo que no les esté prohibido.”

4.4. MARCO JURIDICO DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

El régimen de inhabilidades e incompatibilidades, no es sólo lo previsto en el artículo 8º de la ley 80 de 1993, sino que también se complementa a lo largo del articulado del estatuto, y en otras leyes como en la ley 136 de 1994, ley 190 de

1995, ley 200 de 1995, ley 610 del 2000, 617 del 2000, 734 del 2002, ley 821 del 2003, e igualmente se puede complementar con el artículo 122, modificado por el acto legislativo 1 del 2004 y Artículo 180 numerales 2 y 4., de la Constitución Política de Colombia, para efecto de nuestro estudio trataremos algunas de estas leyes en lo referente a la responsabilidad de los servidores públicos en materia de contratación Estatal, con respecto al régimen de inhabilidades e incompatibilidades.

4.4.1. Ley 136 de 1994.

La ley 136 del 2 de junio de 1994, por la cual se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, fue modificada por la ley 177 de la misma anualidad y por la 617 del año 2000. Establece:

Artículo 43º, referente a las inhabilidades, estatuye: No podrá ser concejal:

Numeral 4º. Quien haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio o de terceros, dentro de los seis (6) meses anteriores a la fecha de la inscripción.

A su vez el artículo 45º, referente a las incompatibilidades, preceptúa que los concejales no podrán:

1. Aceptar o desempeñar cargo alguno en la administración pública, ni vincularse como trabajador oficial o contratista, so pena de perder la investidura. (Este artículo fue posteriormente modificado por el artículo 3 de la Ley 177 de 1994).
2. Ser apoderado antes las entidades públicas del respectivo municipio o ante las personas que administren tributos procedentes del mismo, o celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno, con las excepciones que más adelante se establecen.
4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos procedentes del respectivo municipio o sean contratistas del mismo o reciban donaciones de éste. Sala de Consulta y Servicio Civil.

Parágrafo 2º.- El funcionario público municipal que nombre a un concejal para un empleo o cargo público o celebre con él un contrato o acepte que actúe como gestor en nombre propio o de terceros, en contravención a lo dispuesto en el presente artículo, incurrirá en causal de mala conducta.

Por otro lado, el artículo 95º, establece; las inhabilidades para no ser elegido ni designado alcalde así:

Numeral 5º. Quien durante el año anterior a su inscripción haya intervenido en la celebración de contratos con entidades públicas en interés propio, o en el de terceros o haya celebrado por sí, o por interpuesta persona, contrato de cualquier

naturaleza con entidades u organismos del sector central o descentralizado de cualquier nivel administrativo que deba ejecutarse o cumplirse en el respectivo municipio.

Artículo 96º, Incompatibilidades. Los alcaldes, así como los que lo reemplacen en el ejercicio del cargo no podrán:

1. Celebrar en su interés particular por sí o por interpuesta persona o en representación de otro, contrato alguno con entidades públicas o con personas privadas que manejen o administren recursos públicos.
3. Intervenir en cualquier forma, fuera del ejercicio de sus funciones, en la celebración de contratos con la administración pública.

Parágrafo 1º. Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deba cumplir el alcalde por razones del ejercicio de sus funciones.

La Ley 136 de 1994, fue un esfuerzo legislativo bien recibido por la opinión nacional, pero, como suele suceder en todo Estado de Derecho, algunos de sus apartes fueron posteriormente demandados y otros modificados por una norma posterior. Es de resaltar, sin embargo, que todos los artículos demandados fueron ratificados como exequibles por la honorable Corte Constitucional, poniendo así de manifiesto el sano juicio del legislador. Lo importante de la Ley 136 de 1994 es

que constituyó uno de los primeros esfuerzos legislativos por poner fin a una serie de vicios que venían causando daño en el equilibrio jurídico-administrativo nacional. Si bien algunos de sus apartes fueron modificados, en esencia, esta Ley es una muestra de cómo el legislador puede, cuando se lo propone, aportar verdaderas normas que fortalezcan el entarimado jurídico nacional, tornando más confiable el mismo ante el constituyente primario.

4.4.2. Artículo 5 y 6 y 17 de la ley 190 de 1995.

La Ley 190 expedida el 6 de junio de 1995, por medio de la cual se dictan normas tendientes a preservar la moralidad en la Administración Pública y se fijan disposiciones con el fin de erradicar la corrupción administrativa; en su artículo 5º establece. En caso de haberse producido un nombramiento o posesión en un cargo o empleo público o celebrado un contrato de prestación de servicios con la administración sin el cumplimiento de los requisitos para el ejercicio del cargo o la celebración del contrato, se procederá a solicitar su revocación o terminación, según el caso, inmediatamente se advierta la infracción. Estatuye en el artículo 6º lo siguiente: En caso de que sobrevenga al acto de nombramiento o posesión alguna inhabilidad o incompatibilidad, el servidor público deberá advertirlo inmediatamente a la entidad a la cual preste el servicio.

Si dentro de los tres (3) meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad o incompatibilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar.

Por otro lado, el artículo 17 de la mencionada ley preceptúa: El Código Penal tendrá un artículo con el número 59A, del siguiente tenor: Artículo 59A. Inhabilidad para el desempeño de funciones públicas. Los servidores públicos a que se refiere el inciso 1º del artículo 123 de la Constitución Política, quedarán inhabilitados para el desempeño de funciones públicas cuando sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado, sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal y en concordancia con el inciso final del artículo 28 de la Constitución Política.

Algunos ciudadanos interpusieron demandas solicitando la inconstitucionalidad de varios artículos de la Ley 190 de 1995. De estas demandas trataremos únicamente las referentes al artículo 6º y 17.

El ciudadano LUIS ANTONIO VARGAS ALVAREZ (Exp. N° D- 995) plantea que el artículo 6º de la Ley 190 de 1995 regula de manera equivalente la situación de aquellos servidores públicos que presentan inhabilidades o incompatibilidades para el ejercicio de su cargo, y de aquellos en quienes no concurren este tipo de prohibiciones. Con esto, no sólo se atenta contra el derecho a la igualdad en tanto debió otorgárseles un tratamiento diferenciado sino también, se burlan las disposiciones sobre deberes y obligaciones de los servidores públicos y el interés general (C.P., artículo 1º). En opinión del actor, la norma demandada debió prever la suspensión automática de los actos administrativos de nombramiento, como quiera que su actual redacción permitiera la presencia en la Administración de

personas incursas en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, en especial cuando éstas provienen de sanciones disciplinarias o penales.

El artículo 6 de la Ley 190 de 1995, tras ordenar al servidor público informar de inmediato sobre la ocurrencia de inhabilidades o incompatibilidades sobrevenidas con posterioridad al acto de nombramiento o posesión, prescribe que “si dentro de los tres meses siguientes el servidor público no ha puesto fin a la situación que dio origen a la inhabilidad, procederá su retiro inmediato, sin perjuicio de las sanciones a que por tal hecho haya lugar”. Según el demandante, la Ley concede un tratamiento semejante a dos grupos de personas que en aras del principio de igualdad ha debido diferenciar: funcionarios en quienes no concurren causales de inhabilidad e incompatibilidad y, de otro lado, funcionarios en quienes éstas se configuran. El Procurador solicita la inexecutable de la norma, ya que los fines constitucionales de la función pública, garantizados con el régimen de incompatibilidades e inhabilidades, se dejan de observar como consecuencia de la prolongación por un término de tres meses de las situaciones irregulares. El Fiscal General de la Nación, por su parte, defiende la executable de la disposición, toda vez que en el indicado término la administración puede establecer la verificación de la respectiva causal o el funcionario afectado ponerle fin.

Se pregunta la Corte si los principios de servicio a los intereses generales, de igualdad, moralidad, eficacia e imparcialidad (C.P. art. 209), los cuales garantiza un determinado régimen legal de inhabilidades e incompatibilidades, se desconocen si la ley, en lugar de optar por autorizar el retiro inmediato de un

funcionario público incurso en una causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, otorga a éste un plazo de tres meses para poner fin a la situación que les ha dado origen. Dos precisiones deben hacerse antes de ahondar en el análisis. La primera, no cabe plantear una relación de igualdad y, por ende, una vulneración al mismo, si se toman como términos de comparación las personas que no han podido acceder a la administración en razón de una específica inhabilidad que las cobija de un lado y, de otro, las personas nombradas o posesionadas que con posterioridad resultan afectadas por una inhabilidad o incompatibilidad. Se trata de situaciones diferentes y, por consiguiente, su tratamiento legal puede no ser análogo. La segunda, el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, por tutelar los principios en los que se inspira la función administrativa, no solamente es un requisito ex ante, sino también ex post. Con otras palabras, definido el ingreso de una persona a la administración, sigue sujeta al indicado régimen. La Corte considera que es importante efectuar una distinción. Si la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, se originan en causas imputables al dolo o culpa del nombrado o al funcionario, no cabe duda de que la norma examinada es inconstitucional. Los principios en los que se basa la función pública, quedarían sacrificados si no se optara, en este caso, por el retiro inmediato del funcionario o la negativa a posesionarlo. Si por el contrario, en la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes, no se ha incurrido por el dolo o culpa del nombrado o al funcionario, y siempre que éstos en sus actuaciones se ciñan a la ley y eviten los conflictos de interés, puede considerarse razonable que se disponga de un término de tres meses para poner fin a la situación. De esta

manera se preserva el derecho al trabajo, su estabilidad, y el acceso al servicio público, sin que por este hecho se coloque a la administración en trance de ver subvertidos sus principios medulares.

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad del precepto acusado, pero bajo el entendido de que la norma se refiere únicamente al nombrado o al funcionario que no haya dado lugar por su dolo o culpa a la causal de inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes.

La ciudadana MARCELA ADRIANA RODRIGUEZ GOMEZ (Exp. N° D-982) impugnó la frase "sin perjuicio del derecho de rehabilitación que contempla el Código de Procedimiento Penal", del inciso 2°, del artículo 17 de la Ley 190 de 1995, por encontrarla violatoria del artículo 122 de la Constitución Nacional. Según la demandante, el citado artículo de la Carta Política consagra una inhabilidad perpetua para desempeñar la función pública. El derecho de rehabilitación establecido en el artículo 17 de la Ley 190 de 1995 viola, por tanto, lo establecido en la norma constitucional.

Así mismo el ciudadano ALIRIO URIBE MUÑOZ (Exp. N° D-988) plantea que el artículo 17 de la Ley 190 de 1995 es íntegramente inconstitucional por cuanto vulnera los artículos 1°, 2°, 28 y 29 de la Carta. En efecto, para el libelista el Estatuto Fundamental es claro al establecer que en Colombia no existirán penas o medidas de seguridad imprescriptibles, lo cual se viola al consagrar, en la disposición acusada, una especie de "muerte civil" que no tiene por qué soportar

ni "el peor de los corruptos". De igual modo, la norma demandada contraviene el derecho de los ciudadanos a acceder a la función pública.

Por su parte, el ciudadano LUIS ANTONIO VARGAS ALVAREZ (Exp. N° D-995) considera que el artículo 17 de la Ley 190 de 1995 vulnera el artículo 122 de la Carta, al permitir que un condenado por delitos contra la Administración Pública pueda regresar a la misma una vez obtenga la rehabilitación de que trata el Código de Procedimiento Penal. Para el libelista, el artículo 122 constitucional es claro al establecer que quien sea condenado por delitos contra el patrimonio del Estado, quedará inhabilitado para el desempeño de funciones públicas. La parte demandada del artículo 17, extiende el derecho de rehabilitación legal a la inhabilidad para el desempeño de funciones públicas, predicable, en los términos del artículo 122 de la C.P, de los servidores públicos que sean condenados por delitos contra el patrimonio del Estado.

En el decir de la Honorable Corte Constitucional, la tesis que aboga por la inexecuibilidad, se sustenta en la prohibición de elegibilidad que consagra el artículo 122 de la C.P. Por su parte, la posición contraria, plantea la diferencia existente entre el concepto de inhabilidad (imposibilidad de acceder a la administración) y el de rehabilitación legal del condenado (restablecimiento del uso y goce de los derechos de los que el condenado hubiere sido privado de manera principal o accesoria).

Plantea que la naturaleza constitucional de la inhabilidad, sólo permite que la ley entre a determinar su duración, si la misma Constitución ofrece sustento a esta posibilidad. Por esta razón, la diferencia entre las nociones de inhabilidad y rehabilitación legal, en modo alguno contribuye a esclarecer el asunto debatido. En realidad, la rehabilitación se define por una determinada ley que, al establecer un término preciso a la inhabilidad constitucional, habrá de requerir justificación autónoma en la Constitución.

La Constitución señala que “en ningún caso podrá haber detención, prisión ni arresto por deudas, ni penas y medidas de seguridad imprescriptibles” (C.P. art. 28). De la interpretación sistemática de este precepto y de las disposiciones de los artículos 122 y 179-1 y 9 de la Carta, puede concluirse que la prohibición de la imprescriptibilidad de las penas, no cobija a las inhabilidades que el mismo Constituyente ha instituido, así éstas tengan carácter sancionatorio. El Constituyente puede erigir en causal de inelegibilidad permanente para ocupar ciertos cargos públicos, hechos y circunstancias muy diversas, inclusive ajenas a la voluntad de las personas, como acontece con la doble nacionalidad y el parentesco en algunos casos. No se ve por qué no pueda el Constituyente asociar el presupuesto constitutivo de una causal de inhabilidad, a la expedición de una sentencia condenatoria por la comisión de un delito contra el patrimonio público. La defraudación previa al erario público, es un precedente que puede legítimamente ser tomado en consideración por la Constitución, para impedir que en lo sucesivo la persona que por ese motivo fue condenada penalmente asuma de nuevo el manejo de la cosa pública. El propósito moralizador que alienta la

Constitución no se ha detenido ante las causales de inelegibilidad que por causas idénticas se aplican a los condenados que aspiran a ser Congresistas. Si en este evento, en atención a un criterio de proporcionalidad de la pena, se autorizara a la ley para imponer un término máximo de duración de la inhabilidad contemplada en el artículo 122 de la C.P., no sería posible dejar de hacerlo respecto de las restantes inhabilidades plasmadas directamente en la Constitución. En esta hipótesis, que la Corte no comparte, la ley estaría modificando el diseño moral mínimo dispuesto por el Constituyente.

La corte constitucional declaró exequible el inciso 2 del artículo 6º de la Ley 190 de 1995, pero únicamente bajo el entendido de que la inhabilidad o incompatibilidad sobrevinientes no se hayan generado por dolo o culpa imputables al nombrado o al funcionario público a los que se refiere dicho precepto y el artículo 17 de la misma ley.

4.4.3. Artículo 42, 43, y 44 de la ley 200 de 1995

La ley 200 del 28 de julio 1995, establece:

Artículo 42. Las inhabilidades. Se entienden incorporadas a este Código las incompatibilidades e inhabilidades previstas en la Constitución, la ley y los reglamentos administrativos.

Artículo 43. Otras inhabilidades. Constituyen, además, inhabilidades para desempeñar cargos públicos, las siguientes:

1. Haber sido condenado por delito sancionado con pena privativa de la libertad, excepto cuando se trate de delitos políticos o culposos salvo que estos últimos hayan afectado la administración pública.
2. Hallarse en interdicción judicial, inhabilitado por una sanción disciplinaria o penal o suspendida en el ejercicio de su profesión o excluido de ésta.
3. Quienes padezcan, certificado por Médico Oficial, cualquier afectación física o mental que comprometa la capacidad necesaria para el debido desempeño del cargo.
4. La prevista en el numeral 1o. del artículo 30 de este Código. Es decir, solicitar o recibir directamente o por interpuesta persona, gratificaciones, dádivas o recompensas en razón a su cargo.

Artículo 43. Otras incompatibilidades:

1. Los Gobernadores, Diputados, Alcaldes, Concejales y Miembros de las Juntas Administradoras Locales desde el momento de su elección y hasta cuando esté legalmente terminado el período, así como los que reemplace el ejercicio del mismo, no podrán:
 - a) Intervenir en nombre propio o ajeno en procesos o asuntos en los cuales tengan interés el Departamento o el Municipio o el Distrito o las Entidades Descentralizadas correspondientes.
 - b) Ser apoderados o gestores ante entidades o autoridades administrativas o jurisdiccionales.

Las incompatibilidades de que trata este artículo se entienden sin perjuicio de las actuaciones de todo orden que deban cumplir en razón del ejercicio de sus funciones.

2. Salvo las excepciones constitucionales y legales y el ejercicio de la docencia universitaria hasta por ocho horas semanales dentro de la jornada laboral.

3. Ningún servidor público podrá intervenir directa o indirectamente en remate o ventas en público, subasta o por ministerio de la ley de bienes, que se hagan en el Despacho bajo su dependencia o en otro ubicado en el territorio de su jurisdicción. Estas prohibiciones se extienden aun a quienes se hallen en uso de licencia.

4. Nadie podrá ser elegido para más de una Corporación o cargo público, ni para una Corporación o un cargo, si los respectivos períodos coinciden en el tiempo, así sea parcialmente.

5. No podrán ser elegidos diputados ni concejales quienes dentro de los seis meses anteriores a la fecha de la elección hayan sido empleados públicos o trabajadores oficiales, ni quienes en cualquier época y por autoridad competente hayan sido excluidos en el ejercicio de una profesión o se encuentren en interdicción para la ejecución de funciones públicas.

4.4.4. Ley 610 del 2000.

La ley 610 del 15 de agosto del año 2000, establece el trámite de los procesos de responsabilidad fiscal de competencia de las contralorías; y los define como el conjunto de actuaciones administrativas adelantadas por las Contralorías, a fin de determinar y establecer la Responsabilidad de los Servidores Públicos y de los

particulares, " cuando en el ejercicio de la gestión fiscal o con ocasión de ésta, por acción u omisión y en forma dolosa o culposa se cause daño al patrimonio del Estado".

Al respecto el inciso primero del artículo 267 de la Constitución Política de Colombia consagra de manera clara el carácter de Función Pública que tiene el Control Fiscal, como expresión genérica de la actividad del Estado, encaminada a la suprema realización de los propósitos fundamentales, en el campo de la gestión fiscal, dentro de los parámetros del artículo 3° de la citada Ley 610.

La vigilancia de la Gestión Fiscal, como se sabe, permite " determinar en la Administración, en un período determinado que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar sus resultados; que en igualdad de condiciones de calidad los bienes y servicios se obtengan al menor costo; que sus resultados se logren de manera oportuna y guarden relación con sus objetivos y metas. Así mismo, que permita identificar los receptores de la acción económica y analizar la distribución de costos y beneficios entre sectores económicos y sociales y entre entidades territoriales.

En este orden de ideas, ha dicho la Corte Constitucional, que la responsabilidad que se declara a través del proceso fiscal es eminentemente administrativa, dado que recae sobre la gestión y manejo de los bienes públicos, es de carácter subjetivo, porque busca determinar si el imputado obró con dolo o con culpa; es patrimonial y no sancionatoria, por cuanto su declaratoria acarrea el resarcimiento

del daño causado por la gestión irregular; es autónoma e independiente, porque opera sin perjuicio de cualquier otra clase de responsabilidad y, finalmente, en su trámite deben acatarse las garantías del debido proceso según voces del artículo 29 superior.

En firme el fallo con responsabilidad fiscal, presta mérito ejecutivo contra los responsables fiscales y sus garantes, el cual se hace efectivo a través de la Jurisdicción Coactiva a cargo de las Contralorías, y se entiende por Responsable Fiscal la persona que con su conducta culposa o dolosa ha causado un daño patrimonial al Estado, habiendo sido declarada como tal por medio de un fallo ejecutoriado, dentro de un Proceso de Responsabilidad Fiscal.

Al respecto, el artículo 60 de la Ley 610 del año 2000, determina lo siguiente:

Boletín de responsables fiscales. La Contraloría General de la República publicará con periodicidad trimestral un boletín que contendrá los nombres de las personas naturales o jurídicas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal en firme y ejecutoriado y no hayan satisfecho la obligación contenida en él.

Para efecto de lo anterior, las Contralorías territoriales deberán informar a la Contraloría General de la República, en la forma y términos que esta establezca, la relación de las personas a quienes se les haya dictado fallo con responsabilidad fiscal, así como de las que hubieren acreditado el pago correspondiente, de los fallos que hubieren sido anulados por la jurisdicción de lo contencioso

administrativo y de las revocaciones directas que hayan proferido, para incluir o retirar sus nombres del boletín, según el caso. El incumplimiento de esta obligación será causal de mala conducta.

Los representantes legales, así como los nominadores y demás funcionarios competentes, deberán abstenerse de nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato con quienes aparezcan en el boletín de responsables, so pena de incurrir en causal de mala conducta, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley 190 de 1995. Para cumplir con esta obligación, en el evento de no contar con esta publicación, los servidores públicos consultarán a la Contraloría General de la República sobre la inclusión de los futuros funcionarios o contratistas en el boletín.

En el boletín de responsables fiscales sólo deben estar relacionadas aquellas personas que no han satisfecho su obligación de reparar el daño causado al Estado; por consiguiente, quienes son reportados y posteriormente pagan, deben ser excluidos en el siguiente boletín.

Así las cosas, los llamados deudores fiscales se encuentran inhabilitados para ser servidores públicos o contratistas del Estado, por lo cual es preciso aclarar que la prohibición consagrada en el artículo 60 de la citada ley, respecto de los representantes legales, nominadores y demás funcionarios competentes para nombrar, dar posesión o celebrar cualquier tipo de contrato, con quienes

aparezcan en el boletín de responsables fiscales, se predica en cuanto a los servidores del Estado en general.

Así las cosas, en el momento del nombramiento o de la posesión como Servidor Público o en el instante de la selección de los Contratistas, además de los antecedentes judiciales y disciplinarios, los representantes legales o nominadores deben cerciorarse que las personas designadas o seleccionadas no sean responsables fiscales, para lo cual debe ser consultado el Boletín de Responsables Fiscales consolidado y publicado por la Contraloría General de la República.

4.4.5. Ley 617 del año 2000

Esta ley 617 del 6 de octubre del año 2000, por la cual se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, y se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización y la racionalización del gasto público nacional, fue reglamentada por los Decretos 192 de 2001, 1248 de 2001, 3202 de 2002, y por el Decreto Nacional 4515 de 2007; también fue modificada por el artículo 1 de la Ley 821 de 2003, y por el artículo 1 de la Ley 1148 de 2007¹.

La ley en cita estableció en su artículo 49 lo siguiente:

“Prohibiciones relativas a cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales; concejales

¹ Tomado de INTERNET. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=6100> - 1

municipales y distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales. Los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales no podrán nombrar, ser miembros de juntas o concejos directivos de entidades de sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembro de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

La Corte declara exequible el inciso primero del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, excepto la expresión "nombrar" cuya exequibilidad se condiciona en el entendido que gobernadores y alcaldes distritales y municipales sí pueden nombrar a los representantes de los departamentos, distritos y municipios "en juntas o consejos directivos de las entidades del sector central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio".

Sentencia. Corte Constitucional 1258 de 2001.

En el estudio que nos concierne, es decir en lo relacionado a las inhabilidades, establece:

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y distritales y sus

parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades de los sectores central o descentralizado del correspondiente departamento, distrito o municipio ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de entidades prestadoras de los servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento, distrito o municipio; ni contratistas de ninguna de las entidades mencionadas en este inciso directa o indirectamente.

Parágrafo 1º- Se exceptúan de lo previsto en este Artículo, los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2º- Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este Artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personal a través de contratos de prestación de servicios”.

Este artículo 49 de la ley 617 del año 2000, fue objeto de varias demandas de inconstitucionalidad porque se consideró que riñe con lo dispuesto en el artículo 126 de la Carta, en la medida en que hace más flexible el régimen trazado por el Constituyente. Así, mientras que el canon constitucional aludido dispone que los servidores públicos no podrán nombrar personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente, la norma

acusada establece que la prohibición sólo alcanza hasta el segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad.

Por la razón anterior, el aparte final del artículo 49, ha sido considerado por los estudiosos del derecho, inconstitucional, pues consideran que establece una inhabilidad que es menos rigurosa que la prevista por el artículo 126 de la Carta para todos los servidores públicos.

Sin embargo, la Corte Constitucional considera y concluye que la demanda se funda en un supuesto equivocado, pues no es cierto que el aparte acusado haga menos rigurosa la inhabilidad prevista en el artículo 126 de la Carta.

Sentencia C-311 de 2004.

4.4.6. Ley 734 del 2002.

Con la aparición del actual código disciplinario, contemplado en la ley 734 del 2002, tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido reiterativos en considerar que las inhabilidades e incompatibilidades están constituidas por determinadas circunstancias, sean de rango constitucional o legal, que impiden o imposibilitan que una persona sea elegida o designada en un cargo público.

Se considera igualmente, que su objetivo es lograr la moralización, idoneidad, probidad e imparcialidad de quienes van a ingresar o ya están desempeñando empleos públicos.

Tanto el Código Disciplinario Único anterior establecido en la Ley 200 de 1995, en

su artículo 38, como el actual, han consagrado que el incumplimiento de deberes y prohibiciones, así como la incursión en inhabilidades e impedimentos, etc. constituyen falta disciplinaria. De la misma manera, el Estatuto Disciplinario vigente, en su artículo 36 ordena entre otras cosas, incorporar a él las inhabilidades señaladas en la Constitución y en la Ley; el artículo 37 define las inhabilidades sobrevinientes y el 38 relaciona las inhabilidades para desempeñar cargos públicos.

Por eso tampoco resulta extraño y menos inconstitucional el hecho de que se consagre como inhabilidad, el hecho de haber sido declarado responsable fiscalmente por la Contraloría General de la Nación para ejercer cargos públicos.

4.4.7. Ley 821 del 2003

La ley 821 del 10 de julio del 2003, como ya lo había expresado este autor, modificó el artículo 49 de la Ley 617 del año 2000, estableciendo lo siguiente:

Artículo 1o. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000 quedara así:

“Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales, y Distritales; concejales municipales, y Distritales; y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales. Los cónyuges o compañeros permanentes, y parientes

hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradores locales municipales y Distritales no podrán ser miembros de juntas o consejos directivos de entidades del sector central o descentralizados del correspondiente departamento, distrito o municipio, ni miembros de juntas directivas, representantes legales, revisores fiscales, auditores o administradores de las entidades prestadoras de servicios públicos domiciliarios o de seguridad social en el respectivo departamento o municipio.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

Como lo expresamos anteriormente esta ley modifico el artículo 49, inciso 3º de la Ley 617 del 2000, en lo que a inhabilidades en materia de contratación se refiere y al respecto estatuyo lo siguiente: “Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y Distritales y concejales municipales y Distritales, y miembros de juntas administradoras locales municipales y Distritales, sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente”.

PARÁGRAFO 2o. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Por lo anterior debe inferirse entonces que la previsión de prohibiciones a grados de parentesco superiores a los descritos para eventos de menor implicación institucional y los mismos son proporcional a la prohibición contemplada en el artículo 292 de la Constitución"

En este orden de ideas, debemos asegurar que los límites establecidos por el artículo 292 de la Constitución a los parientes de los concejales y diputados para

ser designados como empleados de las respectivas entidades territoriales sólo alcanzan el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad y único civil,

Así las cosas, por un lado el inciso segundo del artículo 1º de la Ley 821 del 2003 establece, que los parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil de diputados y concejales municipales y distritales no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, y por el otro, el artículo 292 de la Constitución Política dispone en el inciso segundo que no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

Al respecto La Corte Constitucional se pronunció sobre la exequibilidad del inciso segundo en referencia.

Sentencia C-311 de 2004, M.P. Alvaro Tafur Galvis,

La Corporación, luego de distinguir las hipótesis que consagra el referido inciso, decretó la exequibilidad condicionada de la norma. En relación con el nombramiento de parientes de diputados y concejales la Corte determinó lo siguiente: a) Cuando los diputados y concejales actúan como nominadores o han intervenido en la designación de quien actúa como nominador, los grados de parentesco a tener en cuenta serán los previstos en el inciso segundo del artículo 49 de la Ley 617 de 2000, tal como quedó modificado por el artículo 1º de la Ley

821 de 2003, esto es, el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad y primero civil. En esta hipótesis, la decisión del legislador concuerda con los límites fijados en el artículo 126 de la Constitución Política que dispone "Los servidores públicos no podrán nombrar como empleados a personas con las cuales tengan parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad, primero civil, o con quien estén ligados por matrimonio o unión permanente. Tampoco podrán designar a personas vinculadas por los mismos lazos con servidores públicos competentes para intervenir en su designación. "Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre el ingreso o ascenso por méritos". . b) Cuando los diputados y concejales no actúen como nominadores o no hayan intervenido en la designación del correspondiente nominador, se aplicará la prohibición consagrada en el inciso segundo del artículo 292 de la Constitución Política, según el cual "no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los cónyuges o compañeros permanentes de los diputados y concejales, ni sus parientes en el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil". c) En cualquier caso, estas inhabilidades se aplicarán dentro del ámbito territorial de competencia del respectivo servidor.

Analizando la modificación de la ley en torno a las inhabilidades, se evidencia entonces que el legislador extendió la inhabilidad constitucional para ser funcionario de la correspondiente entidad territorial a los parientes en tercer y cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad de concejales y diputados.

4.4.8. Ley 1148 del 2007

La ley 1148 del 10 de julio del 2007, por la cual se modificaron las Leyes 136 de 1994 y 617 de 2000, establece lo siguiente:

Artículo 1°. El artículo 49 de la Ley 617 de 2000, en su inciso segundo y tercero, quedará así:

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

Los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser contratistas del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas, ni directa, ni indirectamente.

En concepto del autor de este estudio, el esfuerzo legislativo es poco eficiente. De hecho, la mala fe opera de diversas maneras y, en cuanto a la prohibición para “el mismo departamento” no constituiría una real barrera o un retén de probidad, en el evento en que dos o más gobernadores se confabularan en contra de esta norma.

Se estima que habría sido más prudente, en ese orden de ideas, declarar la inhabilidad para contratar con el Estado, en términos generales.

Parágrafo 1°. Se exceptúan de lo previsto en este artículo los nombramientos que se hagan en aplicación de las normas vigentes sobre carrera administrativa.

Parágrafo 2°. Las prohibiciones para el nombramiento, elección o designación de servidores públicos y trabajadores previstas en este artículo también se aplicarán en relación con la vinculación de personas a través de contratos de prestación de servicios.

Parágrafo 3°. Prohibiciones relativas a los cónyuges, compañeros permanentes y parientes de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría. Tratándose de concejales de municipios de cuarta, quinta y sexta categoría, las prohibiciones establecidas en el presente artículo se aplicarán únicamente para los cónyuges o compañeros permanentes y parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, primero de afinidad o único civil.

En el inciso segundo del artículo 1 de la citada Ley, se señala que los cónyuges o compañeros permanentes de los gobernadores, diputados, alcaldes municipales y distritales y concejales municipales y distritales, y sus parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, no podrán ser designados funcionarios del respectivo departamento, distrito o municipio, o de sus entidades descentralizadas.

En un régimen de libertades, como lo es el colombiano, las inhabilidades y prohibiciones que afectan el ejercicio de las mismas en lo público y lo privado deben ser de tipo taxativo, de interpretación restrictiva por parte de las autoridades y establecidas por circunstancias razonables y proporcionadas en relación con los valores que rigen la organización política de la sociedad.

El legislador, en el ejercicio de sus funciones legislativas, debe someterse a los lineamientos constitucionales, es decir la obligación de sujeción de la ley al principio de supremacía de la Constitución Política, lo que en el presente caso implica no sobrepasar el régimen de inhabilidades y prohibiciones establecido en la Carta Política, para no comprometer el ejercicio de las libertades públicas de los miembros de la sociedad.

Pero, se observa lo contrario porque la ley estableció un régimen de inhabilidades de los parientes de los diputados y concejales para poder ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial que sobrepasa el mandato constitucional al respecto (cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad legales versus segundo grado de consanguinidad y primero de afinidad constitucionales).

Sin embargo, la honorable corte constitucional con relación a la restricción constitucional antes indicada, manifestó que existe otra norma superior que establece dos tipos especiales de prohibición que cubren el caso de la inhabilidad legal para los parientes de los diputados y concejales, hasta el cuarto grado de

consanguinidad o segundo de afinidad, para ser designados funcionarios de la respectiva entidad territorial.

En efecto, el artículo 126 de la Constitución Política establece que los servidores públicos no pueden nombrar o designar como empleados a personas con las cuales tengan vínculo de parentesco hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, o que tengan la misma clase de vínculo de parentesco con los servidores públicos competentes para intervenir en su designación.

Para el caso de los diputados y de los concejales, lo anterior significa que no pueden ser designados servidores públicos en la respectiva circunscripción territorial los parientes de los mismos que tengan vínculo de parentesco hasta cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad cuando los miembros de tales corporaciones públicas actúan como nominadores o intervienen en la designación del nominador. En los demás eventos, no podrán ser designados funcionarios de la correspondiente entidad territorial los parientes de los diputados y concejales hasta el segundo grado de consanguinidad o primero de afinidad.

Por tanto y con base en el principio de conservación del derecho, el inciso segundo del artículo 1 de la Ley 1148 debe ser interpretado en los términos antes señalados; ha dicho la corte.

4.4.9. Artículo 122, modificado por el acto legislativo 1 del 2004, 127 y 180 numeral 4 de la Constitución Política de Colombia.

En cuanto a la responsabilidad de los servidores públicos en materia contratación Estatal, con respecto a las inhabilidades e incompatibilidades, las normas señaladas en el punto anterior son prolíferas, al respecto el artículo 122 la Constitución Política de Colombia estatuye:

“No habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento y para proveer los de carácter remunerado se requiere que estén contemplados en la respectiva planta y previstos sus emolumentos en el presupuesto correspondiente.

Ningún servidor público entrará a ejercer su cargo sin prestar juramento de cumplir y defender la Constitución y desempeñar los deberes que le incumben.

Antes de tomar posesión del cargo, al retirarse del mismo o cuando autoridad competente se lo solicite deberá declarar, bajo juramento, el monto de sus bienes y rentas.

Dicha declaración sólo podrá ser utilizada para los fines y propósitos de la aplicación de las normas del servidor público.

No obstante lo anterior el legislador en su sabiduría y en aras de preservar los principios que gobiernan a los servidores Estatales, consideró necesario modificar

el artículo 122 de la Constitución Política de Colombia, a través del acto legislativo 01 del 2004, agregó un inciso quinto, el cual en su artículo 1º dispuso lo siguiente:

Artículo 1º. Pérdida de derechos políticos. El quinto inciso del artículo 122 de la Constitución Política quedará así:

“Sin perjuicio de las demás sanciones que establezca la ley, no podrán ser inscritos como candidatos a cargos de elección popular, ni elegidos, ni designados como servidores públicos, ni celebrar personalmente, o por interpuesta persona, contratos con el Estado, quienes hayan sido condenados, en cualquier tiempo, por la Comisión de Delitos que afecten el patrimonio del Estado. Tampoco quien haya dado lugar, como servidor público, con su conducta dolosa o gravemente culposa, así calificada por sentencia judicial ejecutoriada, a que el Estado sea condenado a una reparación patrimonial, salvo que asuma con cargo a su patrimonio el valor del daño”.

2. Gestionar, en nombre propio o ajeno, asuntos ante las entidades públicas o ante las personas que administren tributos, ser apoderados ante las mismas, celebrar con ellas, por sí o por interpuesta persona, contrato alguno. La ley establecerá las excepciones a esta disposición.

4. Celebrar contratos o realizar gestiones con personas naturales o jurídicas de derecho privado que administren, manejen o inviertan fondos públicos o sean

contratistas del Estado o reciban donaciones de éste. Se exceptúa la adquisición de bienes o servicios que se ofrecen a los ciudadanos en igualdad de condiciones.

5. DIVISION DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Las inhabilidades o incompatibilidades se pueden dividir en varios grupos, dependiendo de las características de las mismas, es decir, se pueden dividir en cuanto al sujeto sobre que recae la inhabilidad o incompatibilidad y a la extensión de la misma, o a la sanción que le es impuesta al sujeto por hacer algo contrario a la ley; división que se establece de la siguiente manera:

5.1. LAS QUE RECAEN POR EL HECHO DE SER SERVIDOR PÚBLICO

El constituyente del 91, despejó de una vez por todas las dudas en cuanto quienes son servidores públicos y señaló los siguientes: los trabajadores oficiales, los empleados públicos, miembros del Congreso y de las Corporaciones públicas, los concejales, los miembros de Juntas Directivas, los auxiliares de la justicia, entre otros. Hoy día están impedidos para celebrar contratos con el Estado, quienes independientemente de la vinculación que se tenga de manera directa o indirecta con éste en la realización de una función pública, podría encontrarse incurso de una inhabilidad o una incompatibilidad en el proceso de la formación de un contrato.

5.2. LAS QUE SE DERIVAN DE LA CADUCIDAD

Este tema de la caducidad ha sufrido cambios notorios, empezando por su misma estructura. Es muy distinta la caducidad como fórmula sancionadora o como poder exorbitante de la administración. Anteriormente la caducidad se daba por varias causales, hoy solamente hay una causal y es el incumplimiento notoriamente grave que impida el normal desarrollo del contrato, es decir que cause perjuicios al Estado.

A quien se le ha declarado la caducidad de un contrato, queda con la inhabilidad, con el impedimento automático para contratar con el Estado, es por ello que no se puede ocultar dicho impedimento a través de maniobras legales, como por ejemplo asociarse con otras personas o compañías, porque surge de inmediato el impedimento o inhabilidad a la persona con quien se ha unido, puesto que al recibir una persona que previamente ha sido sancionada con la declaración de caducidad, esta inhabilidad se traspasa de forma directa a la persona o a la sociedad, por lo que esta nueva asociación ya no podría contratar con el estado.

5.3. EXTENSIVAS A FUNCIONARIOS QUE CONTRIBUYEN EN LA ORGANIZACIÓN DE UNA ACTIVIDAD CONTRACTUAL

En la cobertura de las inhabilidades a otros servidores públicos distintos al Representante Legal, con base en el ordinal 2º del artículo 8º de la ley 80 de 1993,

quedan cubiertos aquellas personas que contribuyen a la organización de una actividad gubernamental y contractual. Entran los Asesores, los Auditores, particularmente los Auditores Internos, los funcionarios de presupuesto, los funcionarios de las Oficinas de Planeación, los Asesores externos, que tienen todos como funcionarios del nivel directivo alguna ascendencia con el Representante legal de la entidad.

5.4. APLICABLES COMO SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO

Este tema se refiere a la inhabilidad que tienen las personas que se abstienen de suscribir los contratos una vez favorecidas con la Licitación.

Esta inhabilidad se estableció a partir de 1993, para aquella persona que saliendo favorecida con la Licitación y que tenga la obligación de suscribir un contrato, no lo suscriba. Tiene doble sanción, la económica y la jurídica; la económica porque le hacen efectiva la póliza de garantía de seriedad de la oferta y la jurídica, lo inhabilita por cinco (5) años para contratar.

5.5. A LOS MIEMBROS DE LAS JUNTAS DIRECTIVAS

Esta se refiere a que también tienen inhabilidad y no pueden contratar los miembros de las Juntas Directivas de las entidades adscritas a la misma Entidad, Ministerio u organismo que los integra.

6. REGIMEN LEGAL DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

La normatividad que regula este régimen se halla contenido ante todo en la ley 80 de 1993, la cual en su artículo 8º incluye los preceptos y disposiciones que hablan del mismo; y también se complementa a lo largo del articulado del estatuto, y se nutrió en algunos casos y aun se nutre otros, de leyes como: Ley 136 de 1994, ley 190 de 1995, ley 200 de 1995, ley 610 del 2000, 617 del 2000, 734 del 2002, ley 821 del 2003, e igualmente se puede complementar con el Artículo 180 numerales 2 y 4. Constitución Política de Colombia y que a lo largo del recorrido del régimen han servido de referente en materia disciplinaria, para proferir los diferentes fallos por parte de los órganos de control.

Conviene recordar que uno de los primeros esfuerzos del legislador por fortalecer la Ley 80, lo constituyó el denominado Estatuto Anticorrupción, el cual complementó y adecuó algunos apartes de la mencionada norma.

Dice el Artículo 8 de la ley 80 de 1993:

1. Son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales:

- a) Las personas que se hallen inhabilitadas para contratar por la Constitución y las leyes.
- b) Quienes participaron en las licitaciones o celebraron los contratos de que trata el literal anterior estando inhabilitados.
- c) Quienes dieron lugar a la declaratoria de caducidad.
- d) Quienes en sentencia judicial hayan sido condenados a la pena accesoria de interdicción de derechos y funciones públicas y quienes hayan sido sancionados disciplinariamente con destitución.
- e) Quienes sin justa causa se abstengan de suscribir el contrato estatal adjudicado.
- f) Los servidores públicos. Respecto de este literal, se puede decir que son los casos que más se presentan en la Procuraduría, es decir es el literal más violado. A manera de ejemplo, podemos citar un caso en el que el artículo 8 numeral 1 literal g) de la ley 80 de 1993 prescribe que los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales”.
- h) Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.
- i) Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con

cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

j) Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d) e i) se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

2. Tampoco podrán participar en licitaciones o celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de

los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

c) El cónyuge, compañero o compañera permanente del servidor público en los niveles directivo, asesor, ejecutivo, o de un miembro de la junta o consejo directivo, o de quien ejerza funciones de control interno o de control fiscal.

d) Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

e) Los miembros de las juntas o consejos directivos. Esta incompatibilidad sólo se predica respecto de la entidad a la cual prestan sus servicios y de las del sector administrativo al que la misma esté adscrita o vinculada.⁹⁴

PARAGRAFO 1o. La inhabilidad prevista en el literal d) del ordinal 2o. de este artículo no se aplicará en relación con las corporaciones, asociaciones, fundaciones y sociedades allí mencionadas, cuando por disposición legal o estatutaria el servidor público en los niveles referidos debe desempeñar en ellas cargos de dirección o manejo.

PARAGRAFO 2o. Para los efectos previstos en este artículo, el Gobierno Nacional determinará que debe entenderse por sociedades anónimas abiertas.

7. DE LAS INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES SOBREVINIENTES

Si llegare a sobrevenir inhabilidad o incompatibilidad en el contratista, éste cederá el contrato previa autorización escrita de la entidad contratante o, si ello no fuere posible, renunciará a su ejecución.

Cuando la inhabilidad o incompatibilidad sobrevenga en un proponente dentro de una licitación o concurso, se entenderá que renuncia a la participación en el proceso de selección y a los derechos surgidos del mismo.

Si la inhabilidad o incompatibilidad sobreviene en uno de los miembros de un consorcio o unión temporal, éste cederá su participación a un tercero previa autorización escrita de la entidad contratante. En ningún caso podrá haber cesión del contrato entre quienes integran el consorcio o unión temporal.

94 Procuraduría General de la Nación Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 077- 00798-1999 del 2 de septiembre de 2002. Procurador delegado Mario Roberto Molano Respecto a esta causal podemos citar un caso en que se vio que aunque es cierto que para la fecha de la adjudicación del contrato que nos ocupa (15 de diciembre de 2000), no existía ninguna prohibición legal para su

celebración, pero esta situación de legalidad, cambia cuando el gobernador Echeverri se posesiona como funcionario público, (1 de enero de 2001), fecha en la cual nace a la vida jurídica un impedimento sobreviviente para la ejecución de dicho negocio jurídico, pues se relaciona la actividad del comercio que el gobernador ejercía a través de la comercializadora El Proveedor Ltda. Con sus funciones públicas en tanto que, es la Sección de Rentas del departamento del Guaviare la que liquida los impuestos de timbre y consumo que por la ejecución del contrato 963 de 2000, paga la comercializadora El Proveedor Ltda., empresa que para la época de los hechos el gobernador era su socio. El conflicto de intereses que se endilga ocurrió porque cuando el disciplinado expide el Decreto No. 132 del 7 de junio de 2001, por medio del cual establece bonificaciones e incentivos para los denunciantes y aprehensores, para promover campañas educativas y publicitarias, dirigidas a prevenir y controlar el contrabando, lo que buscó fue el de mejorar las ventas por la explotación del objeto del contrato No. 963 de 2000, pues cuanto menos aguardiente y ron llanero se consiga de contrabando, más se vende el ofrecido por su empresa.

(El Proveedor Ltda.). 95 De este punto se desprende que una vez se presente la inhabilidad o incompatibilidad, es de inmediata ejecución y se debe renunciar al contrato, so pena de incurrir en ella y ser sancionado por la ley, así no se tenga la intención o el dolo de burlar la ley.

En opinión del autor de este trabajo, si bien son loables el esfuerzo del legislador y el posterior de la Procuraduría, la restricción es poco efectiva, cuando existe el interés ilícito de causar daño al Estado, puesto que la medida tomada es fácilmente previsible por el actor, quien seguramente establecerá una relación costo/beneficio, previa a su acción.

8. EFECTOS JURIDICOS DE LA INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Dentro de los efectos jurídicos derivados del régimen de inhabilidades e incompatibilidades, se pueden establecer los siguientes:

1. Son de Orden Público: Se puede afirmar que el establecimiento de las inhabilidades e incompatibilidades está reservado al Legislador; son de su potestad estricta y por consiguiente son de orden público y no pueden ser cambiadas por la voluntad de las partes, deben estar expresamente señaladas en la ley y están inspiradas por un fin de moralidad pública donde lo que se reprocha es intentar violar el régimen a sabiendas de que se está incurso en una prohibición legal, es por ello que la Procuraduría es tan severa en sus fallos con los servidores públicos, y a primera vista pareciera que esta entidad utilizara un régimen de responsabilidad objetiva, pues lo que está de por medio es la protección de los fines del Estado.

2. Son de Aplicación Inmediata: Cuando aparecen las inhabilidades o incompatibilidades en el proceso de celebración o ejecución del contrato, se aplican inmediatamente, es decir no le queda otra alternativa a la autoridad que parar el contrato, ordenar la terminación, proceder a su inmediata liquidación y, adjudicarlo a una tercera persona.
 3. Genera Nulidad Absoluta del Contrato: Si se presenta la inhabilidad y/o la incompatibilidad, genera la nulidad absoluta del contrato, y en la mayoría de los casos genera una sanción disciplinaria para el funcionario público que incurrió en ella.
 4. No pueden ser motivo de interpretación analógica, ni extensiva: Son de interpretación estricta, taxativa, la Procuraduría es clara en esto, pues en todos los casos, se da una violación exacta a la ley, y no hay lugar a dudas si se cometió o no la infracción.
 5. Puede generar delitos y responsabilidades de orden económico: De hecho, la ley 200 de 1995 modificado por la ley 734 de 2004, en su artículo segundo aclara que la acción disciplinaria es independiente de la acción penal, y que puede existir una absolución en materia penal, pero disciplinariamente puede continuar la responsabilidad.
- Los Contratista bajo la gravedad del juramento, manifiestan que no se halla incurso en ninguna de las inhabilidades e incompatibilidades señaladas en

la ley. Si después se descubre dentro del proceso de ejecución que, si estaba inhabilitado, entonces no solo se genera la nulidad del contrato, sino que además puede el contratista estar incurso en los delitos de falsedad y celebración indebida de contrato.

9. CONDUCTAS ILICITAS MAS FRECUENTES DE LOS SERVIDORES PUBLICOS QUE VULNERAN EL REGIMEN DE INHABILIDADES E INCOMPATIBILIDADES

Al respecto analizaremos algunos de los casos que consideramos más relevantes en la materia, podemos afirmar que son los casos que más se presentan en la Procuraduría, es decir son los literales del artículo 8 de la ley 80 de 1993, que crecidamente vienen siendo violentados por los servidores públicos.

En cuanto a este tópico el Numeral 1º literal f), prescribe que los servidores públicos son inhábiles para participar en licitaciones y para celebrar contratos con las entidades estatales.

En torno de este literal f, se puede decir sin lugar a dudas que son los casos que más se presentan en la Procuraduría, es decir es el literal más violentado por los servidores públicos y como muestra de ello citaremos los siguientes casos:

Según la procuraduría la calidad de médico general del Hospital Departamental de Nariño hasta el 11 de enero de 2001, le da calidad de servidor público a la

investigada. Por lo tanto, le estaba prohibido contratar con entidades estatales por sí o interpuesta persona. Por tal razón el pliego de cargos inequívocamente señaló tal comportamiento irregular, de tal manera que resulta cierta la afirmación hecha por el a-quo, en que se encontraba plenamente comprobada la calidad de servidor público y el haber suscrito el contrato de consultoría con el Instituto Departamental de Salud de Nariño, el 22 de diciembre de 2000 como se demuestra en el proceso, la hace incurso en falta disciplinaria y acreedor del reproche respectivo.

La disciplinada como “servidor público” celebró contrato con otra entidad estatal, desatendiendo la inhabilidad para contratar, prevista en la norma en cita que prohíbe a los servidores públicos establecer relaciones contractuales con entidades del estado, y que a su vez desarrolla el artículo 6 constitucional que los responsabiliza por infringir la constitución y las leyes y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, aspectos estos que fueron los que precisamente infringió la sancionada con su conducta al concurrir al acuerdo contractual referido conducta que el artículo 25 numeral 10 de la ley 200 de 1995 califica como gravísima.

(Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación estatal. Resolución 85-11047-2002. Fecha 29 de agosto de 2003).

Así mismo, en otro caso se vio que el señor Juan Carlos Polanía Alencar como “servidor público”, al celebrar el contrato con la entidad estatal del orden municipal

, desatendiendo la inhabilidad para contratar prevista en la norma en cita que prohíbe a los servidores públicos establecer relaciones contractuales con entidades del estado, y que a su vez desarrolla el artículo 6 constitucional que lo responsabiliza por infringir la constitución y las ley y por omisión y extralimitación en el ejercicio de sus funciones, aspectos estos que fueron los que precisamente infringió el sancionado con su conducta al concurrir al acuerdo contractual referido conducta que el artículo 25 numeral 10 de la ley 200 de 1995 califica como gravísima.

En otro caso se presenta una irregularidad, pues se suscribe el contrato de prestación de servicios No. 059 de 10 de noviembre de 1999 como Psicólogo del departamento del Huila, con una persona que ostentaba la calidad de servidor público por estar vinculado como docente en el Colegio Municipal María Auxiliadora.

Se dijo en esta resolución que teniendo en cuenta el texto del literal f del numeral 1 del artículo 8 de la ley 80 y el artículo 127 de la Constitución, las inhabilidades e incompatibilidades son circunstancias que imposibilitan para participar en licitaciones o concursos y para celebrar contratos con las entidades estatales, por lo que el hecho de ser servidor público y contratar con una de ella genera una violación directa de la ley.-Encontramos un caso en que, se estudió la suscripción de un contrato de prestación de servicios profesionales con una entidad pública siendo servidor público. No ocurrió como consecuencia del ejercicio de las

funciones por él desempeñadas en calidad de Contador del Sur, sino del ejercicio de su profesión (contador público) al certificar los estados financieros en relación con una entidad pública diferente a aquella en la cual encontraba vinculado laboralmente, y por cuanto la calidad de servidor público lo inhabilita para el ejercicio de su profesión. Resolución 97-909-2002. Fecha 26 de abril de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

El literal g) del artículo 8 estatuye: Quienes sean cónyuges o compañeros permanentes y quienes se encuentren dentro del segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con cualquier otra persona que formalmente haya presentado propuesta para una misma licitación o concurso.

El literal h) del artículo 8 estatuye: Las sociedades distintas de las anónimas abiertas, en las cuales el representante legal o cualquiera de sus socios tenga parentesco en segundo grado de consanguinidad o segundo de afinidad con el representante legal o con cualquiera de los socios de una sociedad que formalmente haya presentado propuesta, para una misma licitación o concurso.

El literal i) del artículo 8 estatuye: Los socios de sociedades de personas a las cuales se haya declarado la caducidad, así como las sociedades de personas de las que aquellos formen parte con posterioridad a dicha declaratoria.

Las inhabilidades a que se refieren los literales c), d), e), i), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ejecutoria del acto que declaró la caducidad, o de la sentencia que impuso la pena, o del acto que dispuso la destitución; las previstas en los literales b) y e), se extenderán por un término de cinco (5) años contado a partir de la fecha de ocurrencia del hecho de la participación en la licitación o concurso, o de la de celebración del contrato, o de la de expiración del plazo para su firma.

El numeral 2º del artículo 8 de la ley 80 de 1993, establece:

Tampoco podrán participar en licitaciones o celebrar contratos estatales con la entidad respectiva:

a) Quienes fueron miembros de la junta o consejo directivo o servidores públicos de la entidad contratante. Esta incompatibilidad solo comprende a quienes desempeñaron funciones en los niveles directivo, asesor o ejecutivo y se extiende por el término de un (1) año, contado a partir de la fecha del retiro.

b) La Procuraduría declaró disciplinariamente responsable al señor José Patrocinio Esmeral Barros, en su calidad de Superintendente de Notariado y Registro, porque celebro el 28 de julio de 1999 el contrato 031 con Edgar Vega Revollo, el cual se encontraba inhabilitado para tal evento por haber ocupado un

cargo de dirección en la Superintendencia como jefe de la Oficina de Planeación e Informática, en el período comprendido entre el 4 de enero y 8 de julio de 1999.

c) La procuraduría consideró que se violó de una manera directa el literal a) del artículo segundo de la presente ley; se dijo en dicha resolución que, la inhabilidad, es una sanción que el derecho mismo impone a personas que incurren en conductas reprochables con el objeto de aminorar la contingencia que puede sufrir el Estado por contratar con sujetos que por sus antecedentes personales no son dignos de confianza y, en el caso de marras, la vinculación reciente de Edgar vega Revollo a la Superintendencia de Notariado y registro le impedía ejercer cualquier labor relacionada con el funcionamiento de la entidad.

d) Las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

Se cita este literal, según el cual las personas que tengan vínculos de parentesco, hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil con los servidores públicos de los niveles directivo, asesor, ejecutivo o con los miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad contratante.

En el caso sub lite, se evidencia, por una parte, la relación laboral y la posición que ocupaba el señor Estupiñan Hurtado dentro de la administración

departamental y, por la otra, el vínculo de hecho por ser el compañero permanente de Luz Rocio Higuera Marin. Se demuestra entonces la materialidad de la falta, por cuanto el implicado firmó los contratos 007 y 008 de 1996, existiendo una causal de inhabilidad, atentando contra el bien jurídico tutelado, esto es, la administración pública. Resolución 165-46823-00. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

En otro caso similar, se determinó que Cesar Augusto Quintero Suescún y Heriberto Saavedra Trujillo, se encontraban incurso en una causal de inhabilidad por ser parientes dentro del segundo grado de afinidad de Olga Zoraida Parra Borda, para suscribir ciertos contratos, la causal prevista en el literal b), numeral 2 del artículo 8, el cual prohíbe la celebración de contratos con las personas que tengan vínculo de parentesco hasta el segundo grado de consanguinidad, segundo de afinidad o primero civil, con los servidores públicos de los niveles directivos, asesor, ejecutivo, o con las personas o miembros de la junta o consejo directivo, o con las personas que ejerzan el control interno o fiscal de la entidad.

En este orden de ideas la Procuraduría ha señalado: “La razón de ser de dicha limitación al derecho de la personalidad jurídica está en salvaguardar el interés”.

Sobre el particular la Corte Constitucional expresó en sentencia del 4 de septiembre de 1997, lo siguiente:

"... No es pues extraño que esta lucha contra esas indebidas influencias familiares haya recibido consagración expresa en el constitucionalismo Colombiano, como lo

muestra el artículo 26 de la Carta, que prohíbe expresamente a los servidores públicos nombrar como empleados a sus familiares.

Por consiguiente, es razonable que la ley pretenda evitar la influencia de esos sentimientos familiares en el desarrollo de la contratación estatal, pues como lo expuso la sentencia C-415 de 1994, de esa manera se busca rodear de condiciones de transparencia, imparcialidad y seriedad todo el proceso de contratación, el cual no sólo se reduce a la decisión definitiva sino al trámite anterior que conlleva a la determinación de contratar con un particular...” Resolución 052-6695-975. Fecha 5 de Octubre de 2001.

d). Las corporaciones, asociaciones, fundaciones y las sociedades anónimas que no tengan el carácter de abiertas, así como las sociedades de responsabilidad limitada y las demás sociedades de personas en las que el servidor público en los niveles directivo, asesor o ejecutivo, o el miembro de la junta o consejo directivo, o el cónyuge, compañero o compañera permanente o los parientes hasta el segundo grado de consanguinidad, afinidad o civil de cualquiera de ellos, tenga participación o desempeñe cargos de dirección o manejo.

Un caso que se acomoda a este literal d, es el siguiente.

En el caso en examen se demostró con copia del certificado de la Cámara de Comercio de Riohacha, que Luís Alberto Alguero Amaya tenía para la época de

los hechos la calidad de socio de la sociedad SERVIVARIOS PUBLICACIONES E.U. y en tal condición y por pertenecer a las directivas de la Universidad de la Guajira en su condición de Decano de la Facultad de Ciencias Económicas no le estaban permitido suscribir a la sociedad en la que tenía activa participación contrato alguno con el ente universitario.

Si bien es cierto el cargo se predicó de una conducta que atenta contra el régimen de inhabilidades e incompatibilidades consagrado en el Estatuto Contractual vigente, no lo es menos que no se tipifica la falta en razón que a Luís Roberto Alguero Amaya se le vinculó al proceso disciplinario por “haber permitido que Alcides Brito contratara los servicios de anillado empaste y fotocopiado con la empresa SERVIVARIOS PUBLICACIONES E.U”, y la norma citada como infringida está dirigida a las personas jurídicas y en ellas la prohibición está referida a quienes hagan parte de sus órganos directivos, lo que la inhabilita para estos efectos.

Ahora en cuanto los aspectos de fondo, se puede concluir lo siguiente:

1. Los fallos de la Procuraduría, tienen como fundamento específico el artículo 6º de la Carta Política, que señala que los servidores públicos son responsables ante las autoridades por infringir la Constitución, las leyes y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones, los Artículos 123 y 209 también de la Constitución, que indican que la función

administrativa está al servicio de los intereses generales y de los particulares, y se desarrolla con fundamento en los principios de moralidad, eficacia y economía y finalmente en el numeral 1º del artículo 40 de la ley 200 de 1995, que señala que es deber de los servidores públicos cumplir y hacer que se cumpla la Constitución, las leyes, los estatutos y reglamentos de la entidad respectiva.

CONCLUSION

Si bien la presunción de la buena fe es un derecho de todo ciudadano colombiano, en ciertos aspectos esa presunción se ve muy endeble y uno de esos aspectos es el inherente a la condición de funcionario del Estado. De la misma manera que la Constitución prevé que no puede nombrarse un funcionario público si no existe la reserva presupuestal que garantice su remuneración, en razón de equilibrio conceptual, debe preverse que, quien ocupa un cargo público, debe conocer a fondo o por lo menos en gran parte la normatividad que regula sus funciones, para no incurrir en acciones que, aunque sancionables, no por ello dejan de causar daño al Estado.

Precisamente, uno de los ajustes a la normatividad administrativa en Colombia consistió en facultar al Estado para devolver la acción de que fuese objeto y declarado culpable, contra el funcionario que la promoviera; este principio es elemental, cuando se trata de funcionarios públicos y si bien está contemplado en la ley, en la práctica es poco funcional, ya que muchos funcionarios infringen la norma, a sabiendas de las consecuencias, desde el presupuesto de que el fallo condenatorio se producirá mucho tiempo después, cuando la reparación no alcanza a compensar el daño causado al Estado.

Pero, en esencia, el trabajo realizado permite establecer que, en materia de prevención, el legislador ha sido pródigo e ingenioso; sin embargo, se estima que el problema no está sólo en prevenir mediante la emisión de leyes, sino en reaccionar con oportunidad y eficiencia. Las normas, tal como están, podría presumirse que bastan para defender el interés legítimo del Estado, pero, sin embargo, existe una inconsistencia con la reacción del mismo, a través de sus organismos de vigilancia y control.

Lo anterior se evidencia en fallos de la Procuraduría y de la Contraloría, contra funcionarios que dejaron de ser tales desde hace muchos años; se dictan sanciones e “insubsistencias” contra personas que ya no prestan servicios al Estado, lo que hace poco menos que risible la reacción del mismo contra su depredadora.

Si la normatividad se halla completa, se requiere, simplemente, fortalecer el mecanismo judicial que reacciones en forma perentoria y oportuna, de manera que quien infringe la ley pague las consecuencias de su acción oportunamente. Es, entonces, una debilidad del Estado su actual aparato judicial, ya que los procesos avanzan paquidérmicamente, hasta el punto que muchos fenecen sin sentencia, por preclusión o por simple olvido, en los estrados judiciales.

De otro lado, el autor quiere hacer énfasis en que las inhabilidades e incompatibilidades, si bien se hallan justificadas desde cierta perspectiva jurídica,

no por ello dejan de vulnerar derechos del ciudadano colombiano. Una persona no es llevada a la cárcel porque su hermano cometió un delito: son dos personas distintas y cada una responsable de sus hechos. Sin embargo, en el régimen de inhabilidades e incompatibilidades, con fundamento en una tácita presunción de la mala fe, se pretende proteger los derechos del Estado vulnerando el derecho de una persona a contratar con el mismo, sólo porque tiene parentesco de cualquier índole, con determinado funcionario estatal.

Obviamente, se dirá que es necesario para proteger el buen manejo de la cosa pública, pero, si se mira el problema desde el contenido global, desde la filosofía y paradigma de la Constitución Nacional, no sólo se vulnera el derecho individual sino que se lesiona la integridad del núcleo familiar, consagrado como el fundamento de la sociedad, cuando se impide que dos personas puedan simultáneamente contratar con el Estado, por razones de su parentesco. Existe incompatibilidad entre la apreciación constitucional y la apreciación penal, lo cual podría obviarse sólo con fortalecer el aparato de reacción judicial, de manera que cualquiera pueda contratar con el Estado, pero quien infrinja las normas contractuales sufra de manera inmediata las consecuencias de su acción.

RECOMENDACIONES

En consistencia con lo expuesto en las conclusiones, lo primero que se recomienda es fortalecer la capacidad de reacción del Estado contra quienes vulneran su interés legítimo. Esto es importante y ya ha sido tratado no sólo a nivel de Derecho Administrativo sino de Derecho Penal, cuando se dice que aumentar las penas de poco vale, si no se aplica la ley con oportunidad y eficiencia. En pocas palabras, no debe ser el monto de la pena lo que cohíba al futuro delincuente, sino la certeza de que será sancionado efectivamente si incurre en la acción premeditada.

A los estudiantes de Derecho, el autor se permite recomendar analizar críticamente el tejido prohibitivo y restrictivo contenido en los regímenes de inhabilidades e incompatibilidades, con el fin de hacer aportes que permitan modernizar la legislación y agilizar la reacción del Estado, haciéndolo justo, eficiente y modelo de observancia de sus deberes constitucionales, cuyo objeto principal es precisamente guardar los derechos ciudadanos, sin distingo de ninguna índole.

A la Facultad de Derecho de la Corporación Universitaria de la Costa, el autor se permite recomendar la realización frecuente de foros, mesas redondas, conversatorios, etc., en los que se ventile el problema de la administración pública,

sin prevenciones y a la luz del Derecho Constitucional, principio y fin de todas las normas que regulan la vida del país.

BIBLIOGRAFÍA

BENAVIDEZ José Luis. El contrato Estatal entre el Derecho Público y el Derecho Privado. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Segunda edición. 2004.p.68.

BOLAÑOS B., Armando; SANCHEZ C., Jocely y VILLARREAL A. Omar. Análisis de las denuncias realizadas por los ciudadanos contra las conductas o actos de corrupción efectuados por los funcionarios de la alcaldía distrital de la ciudad de barranquilla, en el periodo comprendido 2004 - 2006.

Corte Constitucional. Sentencia C- 372 del 15 de mayo de 2002. M.P. Dr. Jaime Córdoba Triviño

Consejo de Estado, Sala de Consulta Civil. Concepto del 30 de octubre de 1996, C.P. Roberto Suárez Franco, exp. 925

DAVILA VINUEZA Luis Guillermo. Régimen Jurídico de la contratación estatal. Bogotá: Editorial Legis, año 2000.p. 66.

HENAO HIDRON, Javier. Estatuto general de contratación de la Administración Pública. Bogotá: Ibáñez.

INSTITUTO COLOMBIANO DE NORMAS TÉCNICAS. Norma 1486 5ª Actualización. Bogotá: ICONTEC. 2008.

MANRIQUE REYES, Alfredo. La Constitución de la nueva Colombia. Bogotá: CEREC. 1992.

MARTINEZ CARDENAS, Edgar Enrique. La corrupción en la contratación estatal colombiana una aproximación desde el neoinstitucionalismo. Escuela Superior de Administración Pública. ESAP. Bogotá: Enero de 2005.

MENDEZ, Carlos. Metodología de la investigación. Bogotá: Mc Graw Hill. 2002.

Procuraduría General de la Nación Segunda Delegada para la contratación Estatal. Resolución 165-73749-2002. 18 de Junio de 2004. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-32683-99. Fecha 16 de Abril de 2002. Mario Roberto Molano.

PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN Segunda Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 165-46823-00. Fecha 27 de marzo de 2003. Procurador delegado Mario Roberto Molano.

Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación estatal.

Resolución 85-11047-2002. Fecha 29 de agosto de 2003. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa.

Procuraduría General de la Nación Primera Delegada para la Contratación Estatal. Resolución 97-909-2002. Fecha 26 de abril de 2004. Procurador delegado Benjamín Herrera Barbosa

REPUBLICA DE COLOMBIA. Ley 80 de 1993. Artículo 32.

TAMAYO JARAMILLO, Javier. Manual de Responsabilidad Civil. Tomos I y II. Bogotá: Legis. 2008.